STEVENS
and
HAYNES,
BELL YARD,
TEMPLE BAR,
LONDON.
& EXPORTERS.

a23642

Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/traitededroitcom0001chde

33.1

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

COURS PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR M. BRAVARD-VEYRIÈRES

PUBLIÉ, ANNOTÉ ET COMPLÉTÉ

PAR CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR SUPPLÉANT A LA FACULTÉ DE DROIT
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS

TOME PREMIER

PARIS

A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR

17, RUE SOUFFLOT, 17

1862

NOTICE

SUR

LA VIE ET LES TRAVAUX

DE M. BRAVARD-VEYRIÈRES

La mort si prompte et si inattendue de mon frère me laissait un pieux devoir à remplir, celui de publier son *Traité de droit commercial*, œuvre capitale de sa vie, résumé du docte, du brillant enseignement du professeur, et de la haute expérience du jurisconsulte pendant vingt-neuf ans.

J'aurais été heureux de diriger et de surveiller moi-même cette publication; mais l'éloignement et mes fonctions de magistrat m'ont fait craindre de ne pouvoir convenablement répondre aux exigences de ce travail important.

M. Charles Demangeat, le savant professeur, le publiciste si avantageusement connu, ayant consenti à me prêter son concours, j'ai été heureux de pouvoir en profiter. Sous cette habile direction, le *Traité de droit commercial* aura atteint toute la perfection désirable, et sera le plus beau monument élevé à la mémoire de son auteur.

Le public me pardonnera d'ajouter ici quelques mots sur la vie et les travaux de mon frère.

M. Bravard-Veyrières naquit, le 3 février 1803, à Arlanc, arrondissement d'Ambert (Puy-de-Dôme), d'une famille dont plusieurs membres se sont distingués dans la politique, la médecine et le barreau. Les deux frères Bergier,

ses oncles, furent dans leur temps d'éminents jurisconsultes : l'aîné, ancien membre du Corps législatif, s'est fait connaître par ses annotations sur Ricard; le second fut procureur impérial, puis procureur du roi à Issoire.

La famille de M. Bravard le destinait à la carrière du barreau. Son père, médecin à Arlanc, qui savait ce que peuvent de fortes études, l'envoya tout jeune à Paris, au collége Louis-le-Grand, où il entra en troisième. Le jeune élève se fit bientôt remarquer par ses succès, qui furent surtout brillants en rhétorique, en discours français et en discours latin. Il fut reçu bachelier ès-lettres le 24 mai 1819. La même année il commença ses études de droit. L'étudiant en droit fut aussi le collaborateur assidu du *Journal du Palais*. Un peu plus tard, à la fondation de la *Gazette des Tribunaux*, il fut chargé dans ce journal du compte-rendu des audiences de la Chambre civile de la Cour de cassation, et c'est dans ce sanctuaire le plus élevé de la doctrine qu'il puisa ces notions précises de jurisprudence, dont il devait plus tard recueillir les fruits. Cette collaboration ne dura pas moins de six ans.

Avant obtenu le grade de licencié en droit en 1824, et celui de docteur l'année suivante, il se fit inscrire au barreau de Paris. En 1826, son goût pour l'étude et les brillants succès qu'il avait obtenus dans ses examens le portèrent à laisser les affaires; une autre mission lui était réservée : le professorat s'offrit à son esprit comme une carrière plus noble, plus élevée.

Dès 1827, à peine âgé de 24 ans, il se présente dans la lice pour disputer une suppléance vacante à la Faculté de droit de Paris. L'un des plus jeunes candidats, il n'avait pu être admis à concourir qu'en vertu d'une dispense d'âge. Il n'est pas nommé, mais il a posé les bases d'un

triomphe prochain; il se console facilement d'un échec : sa discussion brillante, son argumentation ferme et précise, ont attiré l'attention : son but est atteint.

La preuve en est dans le couplet suivant d'une chanson qu'il fit pour le banquet donné, après le concours, entre les candidats.

La thèse avait pour sujet la mort civile, ce fut le sujet de la chanson...

« Et le latin, ne l'oubliais-je pas?
« Je cherche en vain l'amphore de Falerne,
« Le latin manque à notre gai repas,
« Et je n'y vois que champagne et sauterne.
« Ah ! puisqu'il faut boire en français,
« Buvons au souvenir futile
« De tant d'arguments sans succès,
« Atteints, hélas ! de mort civile !... »

Cette *mort* ne dura pas longtemps. En 1830, un nouveau concours s'étant ouvert à la même Faculté, après les épreuves les plus remarquables, le 12 mai de la même année, M. Bravard fut nommé professeur suppléant. Installé le 29 mai, il fut chargé de remplir, par intérim, la chaire d'histoire du droit, puis une des chaires de Code civil, et il le fit avec beaucoup de succès.

Il professait déjà depuis près de deux ans, lorsqu'un concours pour la chaire de droit commercial, devenue vacante par la démission de M. Pardessus, s'ouvrit à la Faculté de Paris, le 21 novembre 1831.

M. Bravard fut un des candidats, et subit les épreuves de ce concours avec la plus grande distinction.

Les épreuves avaient alors un caractère un peu spécial : chaque candidat, indépendamment de deux thèses à soutenir, l'une sur le droit romain, l'autre sur le droit fran-

çais, avait à faire trois leçons sur la matière même de l'enseignement de la chaire mise au concours, et, de plus, une composition sur une question tirée de cette même matière.

En 1832, M. Bravard fut nommé et installé, encore avec une dispense d'âge (car il n'avait pas accompli sa trentième année), dans cette chaire occupée avec éclat, et pendant bien longtemps, par le savant jurisconsulte qui venait de se retirer. C'était une tâche lourde à remplir : le nouvel élu en porta dignement le fardeau. Sa parole facile et animée captiva promptement son nombreux auditoire ; sa diction était élégante et pure ; il parlait dans sa chaire comme on parle dans le monde et au palais ; il expliquait le droit comme on explique une affaire. Esprit généralisateur et positif en même temps, il n'adoptait pour l'enseignement du droit commercial d'autre ordre que l'ordre indiqué par la matière elle-même, et tracé par la loi. Prenant tour à tour la forme du traité et celle du commentaire, il faisait précéder l'explication de chaque Titre d'un exposé général, dans lequel il s'attachait à mettre en saillie les données premières qui avaient servi de base aux dispositions du Code ; puis il présentait dans un ordre méthodique l'analyse des textes, et discutait les questions qui s'y rattachent, en les subordonnant toujours aux principes. Ainsi trouvait son emploi l'instruction solide et ennemie de toutes vaines subtilités qu'il avait acquise dans son espèce de noviciat auprès de la Cour de cassation.

Les avantages de cette méthode furent promptement sentis : le succès fut complet, et le cours de droit commercial a toujours été depuis un des plus instructifs et des plus suivis de l'école.

Une fois sa position conquise à l'école, M. Bravard, avec cette infatigable activité qui lui était particulière, se préoccupa surtout de l'amélioration des études et des réformes à opérer dans l'enseignement du droit : à force de persévérance, il parvint à faire adopter, par le conseil de l'Université, les mesures qu'il avait énergiquement provoquées pour le tirage des thèses. La question du latin dans les concours, le règlement des concours, la police des cours, — sur toutes ces questions il publia divers articles dans les journaux, et fit imprimer divers mémoires qui furent couronnés d'un plein succès. C'est à lui que les étudiants sont redevables de pouvoir tirer leurs thèses avant d'avoir subi le quatrième examen ; c'est grâce à lui que, dans les concours, les candidats ne sont plus condamnés à parler un latin barbare, et à débiter devant le public, de la façon la plus grotesque, les facéties du *Malade imaginaire*.

Nul n'a plus fait que M. Bravard pour l'amélioration des règlements sur les concours ; et on lui doit aussi l'arrêté du 28 octobre 1842, par lequel le conseil de l'Université a sagement pourvu à la paix des cours, en même temps qu'à la dignité du professorat, sans méconnaître en rien le principe de la publicité, dont M. Bravard a toujours été partisan et défenseur zélé.

Les travaux sérieux de M. Bravard et le succès de son enseignement lui avaient valu l'honneur d'être nommé membre de l'Institut historique, le 15 mai 1834, et le 25 avril 1845 il fut nommé chevalier de la Légion d'honneur ; plus tard, par arrêté du 11 août 1860, peu de mois avant sa mort, il était élevé au grade d'officier du même ordre. Son Excellence M. Rouland, ministre de l'instruction publique, juste et sévère appréciateur du mérite, venait ainsi récom-

penser en lui le professeur dévoué à la science et à la bonne direction des études.

Les travaux publiés par M. Bravard témoignent, du reste, de ce dévouement. Ils lui ont valu une légitime réputation comme écrivain et comme jurisconsulte; nous allons en donner la nomenclature par ordre de dates, et en indiquer sommairement l'objet et le but :

1° *Leçon sur l'amortissement*. . . . . 1833.

Ce petit écrit sur une question alors peu connue obtint, lorsqu'il parut, l'assentiment d'hommes compétents.

2° *Examen comparatif et critique du livre III du Code de commerce et du nouveau projet de loi sur les faillites et banqueroutes*. . . . . 1836.

Cet écrit, qui a eu deux éditions et dont le titre indique l'objet, fut publié à l'occasion du projet de loi sur les *faillites et banqueroutes*, qui, présenté en 1836, ne fut définitivement converti en loi qu'en 1838. La loi adoptée en 1838 a consacré la plupart des idées que l'auteur avait développées dans cet écrit, et sanctionné en grande partie les innovations et améliorations qu'il y avait indiquées.

3° *De l'étude et de l'enseignement du Droit romain et des résultats qu'on peut en attendre*. . . . . 1837.

Cet ouvrage, qui, lors de sa publication, produisit une assez vive sensation, a contribué peut-être à rectifier des idées préconçues, des opinions traditionnelles sur le droit romain et sur la manière de l'enseigner.

4° *Manuel de Droit commercial, contenant un traité sur chaque Titre du Code de commerce*. . . . . 1838.

Cet ouvrage a paru pour la première fois en 1838 et a eu depuis six éditions, dont la dernière est de 1861. L'auteur y a traité, d'une manière synthétique, non pas une partie ou quelques parties seulement du droit commercial, mais l'ensemble de ce droit, augmenté du chapitre sur les prises maritimes.

5° *Vicissitudes et solution définitive de la question du latin dans les concours* . . . . . 1840.

Cet écrit, comme l'indique son titre, retrace les efforts persévérants de l'auteur pour faire supprimer l'usage suranné de parler latin dans les concours ouverts devant les Facultés de droit, efforts qui ont été couronnés de succès et ont amené une réforme dont il est juste de faire honneur à M. Victor Cousin, alors ministre de l'instruction publique, sur le rapport duquel a été rendue l'ordonnance royale du 26 juin 1840, qui a consacré cette réforme.

6° *Des Concordats amiables* . . . . . 1848.

7° *De la loi qui abroge le décret sur les Concordats amiables.* . . . . . 1849.

8° *Rapport sur la proposition relative au salaire des ouvriers* . . . . . 1849.

9° *Discours sur le projet de loi relatif au timbre des effets de commerce.* . . . . . 1850.

Ces quatre publications contiennent le développement des principes que, pour la défense de notre législation commerciale et de notre législation civile, alors attaquées dans leurs bases, l'auteur a soutenus avec énergie et a réussi pour la plupart à faire triompher, d'abord dans les comités ou commissions de l'Assemblée constituante et de l'Assemblée législative, et finalement devant ces assemblées elles-mêmes.

10° *Rapport sur la proposition relative aux concordats par abandon.* . . . . . 1850-51.

En 1850, désirant combler une lacune de notre Code de commerce, M. Bravard-Veyrières, en vertu de son initiative parlementaire, présenta à l'Assemblée législative une proposition sur les *concordats par abandon*. Quoique auteur de cette proposition, il en fut nommé lui-même rapporteur, et fit en cette qualité les deux rapports compris sous le n° 10 ci-dessus. Sa proposition était sur le point d'être convertie en loi par l'Assemblée législative lorsque cette assemblée fut dissoute; mais elle a eu, du

moins, pour résultat d'appeler sur ce point l'attention, et, le 17 juillet 1856, a été rendue une loi ayant le même objet que la proposition faite, en 1850, par M. Bravard-Veyrières.

11° *Explication des lois nouvelles sur les commandites par actions, l'arbitrage forcé, et les concordats par abandon.* 1857.

Dans cet écrit, qui est le complément de son ouvrage sur l'ensemble du droit commercial, l'auteur a expliqué et apprécié, au double point de vue de la théorie et de la pratique, les trois dernières lois rendues sur ces matières diverses de notre droit commercial.

A ces publications, qui furent toutes accueillies avec faveur dans le public, et eurent les éloges des publicistes du temps, il faudrait ajouter les mémoires publiés sur diverses questions juridiques ou universitaires, les nombreux articles fournis à la *Gazette des Tribunaux*, au *Droit*, aux revues et recueils de jurisprudence.

Mais, en dehors de ces travaux soumis au contrôle de la publicité, M. Bravard a laissé de nombreux manuscrits qui attestent la prodigieuse activité de son intelligence. Rien de ce qui préoccupe la pensée humaine ne lui était étranger : l'histoire, la littérature, la philosophie, l'économie politique, étaient pour lui l'objet d'études sérieuses, dont il aimait à consigner par écrit les résultats. Sous peu de temps il sera publié de lui un ouvrage sur *Tacite ;* d'autres pourront être publiés plus tard.

Malgré ces immenses travaux, M. Bravard trouva encore le loisir de se mêler, dans une certaine mesure, à l'action politique de son temps. Plusieurs fois sous le régime de 1830, il fut le candidat de l'opposition à la Châtre et à Ambert : il échoua devant les influences ministérielles, mais avec une honorable minorité.

Après février 1848, son nom fut spontanément inscrit sur les listes de candidature, par les électeurs du département du Puy-de-Dôme : élu deux fois représentant dans ce département, il fit partie des Assemblées constituante et législative jusqu'en 1852.

La conduite politique de M. Bravard fut, comme celle du professeur, fortement attachée aux principes conservateurs du droit et de l'ordre social. Esprit libéral et hardi, il n'admettait cependant pas le laisser-aller de certaines doctrines; il savait au besoin combattre avec une grande énergie les dangereuses illusions et les fausses spéculations des théories à la mode.

Ses rapports dans les commissions et aux assemblées sont là pour le démontrer.

Sans ambition personnelle, M. Bravard, homme d'étude, d'initiative et de généreuses impulsions, n'avait qu'un but, celui d'être utile, utile à son pays, à ses élèves, à ses concitoyens, à ses amis. Il était le patron naturel et toujours dévoué de la jeunesse, l'ami toujours prêt à obliger, le protecteur infatigable de ses élèves. Son nom est resté populaire à l'École de droit, et son enseignement laissera trace des meilleurs souvenirs. Le Puy-de-Dôme regrettera longtemps le compatriote aimé et bienveillant, qui en toutes circonstances avait su prouver que la mémoire du cœur ne lui faisait pas défaut. Sa famille, sa vieille mère, son frère, dont il était l'orgueil et la joie, conserveront de lui le plus pieux souvenir, les plus douces affections que la mort brise d'une façon si cruelle, mais qu'elle ne saurait anéantir!...

A. Bravard, *juge.*

AVERTISSEMENT

J'ai tenu à mettre toujours fidèlement sous les yeux du lecteur la pensée même du savant maître qui fut en 1840 mon premier guide dans l'étude du droit commercial et à qui depuis j'ai souvent demandé la solution de difficultés dont seul je n'aurais pu triompher. Ainsi, même dans les cas très-rares où une inexactitude me semble s'être glissée dans la doctrine de M. Bravard, je la reproduis encore, sauf à signaler en note ce qui me paraît erroné. De cette manière, le lecteur est toujours mis à même de juger ; et, si c'est moi qui me trompe, c'est moi qui encours la responsabilité d'une annotation malheureuse.

Du reste, j'ai eu toute facilité pour publier les doctrines *bien authentiques* de M. Bravard. En effet, j'ai pu consulter les leçons qu'il a faites à l'École pendant ces quatre dernières années. Elles avaient été sténographiées sous sa direction ; et, de plus, lui-même, à peine descendu de sa chaire, consignait par écrit ce qu'il venait d'enseigner à ses élèves.

Du reste, pas plus sous l'une que sous l'autre de ces deux formes, les leçons de M. Bravard n'étaient destinées, dans sa pensée, à devenir immédiatement un livre. En conséquence, l'expression n'était pas toujours suffisamment correcte ; quelquefois le public l'eût trouvée peut-être trop familière. J'ai donc cru entrer dans l'intention de l'auteur en apportant quelques changements sous le rapport du style ; mais, je le répète, j'ai toujours scrupuleusement respecté le fond des idées.

La partie la plus importante de mon travail personnel

dans cette publication, ce sont les notes mises au bas des pages. Ces notes ont pour but le plus souvent d'indiquer et d'apprécier les décisions de la jurisprudence. Naturellement, M. Bravard, dans un enseignement oral et limité par la durée de l'année scolaire, ne pouvait faire aux arrêts que de rares allusions; j'ai mis tous mes efforts à combler ce qui eût été dans un livre une lacune regrettable. D'autres notes ont pour but de corroborer par quelque nouvel argument la doctrine de M. Bravard. Enfin, toutes les fois que je me suis trouvé en désaccord avec lui, je l'ai dit avec une entière franchise, ayant toujours eu pour principe, comme lui, du reste, de subordonner mon sentiment à la raison, bien plus qu'à l'autorité d'un nom quel qu'il soit. — En somme, toutes les notes sans exception m'appartiennent en propre, et pour le fond et pour la forme.

J'ai également fait quelques additions dans le texte, mais en mettant toujours le lecteur à même de les distinguer de l'œuvre de M. Bravard. Pour les plus importantes, l'intitulé est suivi de mes initiales (Ch. D.); pour les autres, je les comprends entre deux astérisques *.

A une époque où les affaires commerciales ont pris un si vaste développement, j'ai cru faire une chose réellement utile en me dévouant à la publication du travail de M. Bravard. Si je ne me suis pas trompé, si les personnes en grand nombre qui s'occupent de droit commercial retirent de ce travail, posthume, hélas! quelque profit, mes vœux seront comblés, et, en tout cas, ce sera pour moi un grand honneur que d'avoir pu associer mon nom à celui du savant maître que nous avons perdu.

CH. DEMANGEAT.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL.

LIVRE PRÉLIMINAIRE.

I. SOURCES DU CODE DE COMMERCE. RÉDACTION DE CE CODE.

Au premier abord, on serait tenté de croire que les monuments du droit commercial remontent, comme ce droit lui-même, aux temps les plus reculés, à une époque presque immémoriale. Cependant il n'en est rien : leur origine ne se place point au-delà des temps modernes.

Sans doute dans l'antiquité il y a eu des cités, des nations, qui se sont livrées avec succès au commerce et à la navigation, qui même y ont trouvé grandeur, richesse, illustration. A cet égard, il suffit de nommer les Phéniciens, les Tyriens, les Carthaginois. Mais leurs lois ne sont point parvenues jusqu'à nous : il n'en subsiste aujourd'hui presque aucun vestige. D'ailleurs, ces anciens peuples, les Grecs eux-mêmes (bien que quelques discours et quelques plaidoyers de Démosthènes nous indiquent certaines parties de leur législation commerciale), semblent avoir eu en partage plutôt le génie du commerce, de la littérature et des arts, que le génie du droit et de la législation.

Dans l'antiquité, ce génie fut celui d'un seul peuple, du peuple

romain, dont les lois ont si longtemps régi l'ancien monde et tant influé sur le nouveau. Mais dans les volumineuses compilations du droit romain que trouve-t-on sur le commerce et la navigation? à peine quelques fragments épars çà et là. Et cette lacune, nous sommes forcés de l'attribuer, non à une incurie, à une négligence dont les législateurs et les jurisconsultes romains ne sauraient être justement accusés, mais à l'esprit du peuple pour lequel la législation était faite. Rome, en effet, n'était ni une puissance commerçante, ni une puissance maritime; elle abandonnait le commerce à ses affranchis, à ses esclaves, et ses vaisseaux n'étaient pour elle que les auxiliaires de ses troupes de terre. Le peuple romain, né soldat et agriculteur, n'était pas un peuple marin, tels que les peuples de Tyr ou de Carthage, d'Athènes ou de Marseille. La nature l'avait spécialement destiné à former une grande puissance continentale et militaire.

A Rome, tous les arts, toutes les professions, qui tenaient au commerce et à l'industrie, étaient considérés comme vils et indignes d'un homme libre : ils étaient abandonnés à des esclaves, à des affranchis, à des artisans presque tous étrangers.

Denis d'Halicarnasse rapporte qu'en l'an 280 on trouva par le recensement 110,600 hommes en état de porter les armes, non compris les esclaves et les gens faisant un trafic ou un métier, qui tous étaient *des étrangers domiciliés*, parce qu'il n'était pas permis aux Romains de se livrer à de pareilles professions.

Chose étrange! Cicéron lui-même, dont cependant l'esprit était si éclairé, dont les opinions étaient si libérales pour son temps, n'hésite pas à dire, dans son traité *De officiis* (1), que rien de noble, de généreux ne peut se rencontrer dans une boutique, dans un atelier, dans un comptoir : *Nec enim quidquam ingenuum potest habere officina.* Il ajoute : *Opificesque omnes in sordidâ arte versantur;* et, dans un autre endroit, généralisant cette idée, il s'écrie avec une sorte d'indignation oratoire : *Volo eumdem populum imperatorem esse terrarum ac portitorem!* je ne

(1) Lib. I, n. 42.

veux pas que le même peuple soit à la fois le dominateur et le facteur de l'univers!

Après cela, il ne faut pas s'étonner d'entendre Montesquieu, dans son *Histoire de la grandeur et de la décadence des Romains*, s'exprimer en ces termes : « Les citoyens romains regardaient le commerce et les arts comme des occupations d'esclaves ; ils ne les exerçaient pas ; s'il y eut quelques exceptions, ce ne fut que de la part d'affranchis qui continuaient leur première industrie; mais, en général, ils ne connaissaient que l'art de la guerre, qui était la seule voie pour aller aux magistratures et aux honneurs. »

Il n'y a donc pas lieu d'être surpris que les compilations de Justinien contiennent si peu de dispositions relatives au droit commercial.

Il existe, il est vrai, dans le Digeste, deux Titres, l'un sur l'action institoire, l'autre sur l'action exercitoire. L'action institoire se rapportait au commerce de terre, et l'action exercitoire au commerce de mer (1). Mais que prouve l'existence de ces actions? Une seule chose, savoir, que chez les Romains le commerce ne sortit jamais de l'état d'abaissement dans lequel nous le voyons dès l'origine. En effet, c'est cet abaissement même, cette espèce de dégradation, qui donna naissance aux actions dont il s'agit. Séduits par les bénéfices que procurait le commerce, les patriciens voulurent à leur tour en profiter ; mais, toujours dominés par leur fierté, par leur dédain pour cette profession, ils se gardèrent bien de trafiquer sous leur propre nom, ils se servirent pour cela de l'entremise de leurs esclaves. C'est pourquoi, prenant en considération ces faits nouveaux, le droit prétorien introduisit les actions institoire et exercitoire, actions indirectes qui étaient données pour le fait de l'esclave, contre le maître qui l'avait préposé à la gestion d'un commerce ou à la conduite d'un navire.

(1) A ces deux actions on peut en ajouter une troisième, l'*action tributoire*.

On se tromperait donc étrangement si, partant de ces deux idées, l'une que le commerce est la chose la plus utile à un Etat, l'autre que les Romains avaient la meilleure législation du monde, on s'imaginait qu'ils avaient beaucoup honoré et encouragé le commerce : la vérité est qu'ils avaient fait tout le contraire.

Ce n'est pas, toutefois, que le système du droit romain fût inintelligent en soi; mais il était la conséquence fatale de nécessités sociales et politiques, au premier rang desquelles il faut placer le patriciat, l'esclavage, l'extrême inégalité des fortunes et le vice d'une constitution essentiellement aristocratique. L'organisation romaine était un tout dont on ne pouvait retrancher une partie sans renverser l'édifice de fond en comble.

C'est seulement au moyen âge que commence véritablement l'ère de la législation commerciale; et ce fait s'explique par deux causes de nature fort différente. D'une part, à cette époque, de grandes inventions, de grandes découvertes, l'invention de la boussole et de l'imprimerie, la découverte du Nouveau-Monde et d'un passage aux Indes par le cap de Bonne-Espérance, vinrent donner aux opérations commerciales une vive impulsion et aux expéditions maritimes une extension immense.

D'autre part, des débris de l'empire romain s'étaient formés des États nouveaux, indépendants; des nations, jusqué-là réunies et confondues sous la domination romaine, s'étaient érigées en souverainetés distinctes, s'appartenant à elles-mêmes et se gouvernant par leurs propres lois. Ces lois, d'abord à l'état de simples usages, de coutumes, furent rédigées par écrit et formèrent à la longue les premiers éléments d'une législation qui se compléta et se perfectionna avec le temps.

Les deux premiers monuments que nous rencontrons en suivant ainsi l'ordre des temps, sont deux recueils célèbres, connus sous le nom de *Consulat de la mer* et de *Jugements ou rôles d'Oléron*.

Le *Consulat de la mer* est ainsi nommé du mot *consul*, qui vient

de *consulere* (veiller à). « Charles IX, dit Toubeau, ancien consul a Bourges, voulut nommer les juges de commerce *consuls*, à l'exemple des Romains qui donnaient ce nom à leurs premiers magistrats. En effet, le mot de consul vient de *consulere*, qui veut dire *veiller à;* et il convient en ce que, de la même manière que les anciens consuls veillaient au gouvernement de la République, de même aussi les juges de commerce veillent au bon ordre du commerce et donnent tous leurs soins au public. »

« *Consuls et comtes*, dit Clairac, sont termes univoques, et signifient, dans les auteurs du moyen âge, *juges ordinaires*. En la mer du Levant, les juges de la marine ont retenu le nom de *consuls*. »

« Voilà pourquoi, dit à son tour M. Azuni, la juridiction qui était de la compétence de cette espèce de magistrats maritimes fut appelée *consulat*, nom qu'elle porte encore dans plusieurs villes maritimes d'Espagne et d'Italie. On dut aussi donner le nom de *consulat* aux lois qui servirent de règles à ceux qui avaient recours à cette juridiction, et l'étendre même au *livre* qui contenait ces mêmes lois. »

Aujourd'hui encore cette expression de consuls est usitée, du moins dans la pratique, pour désigner les juges de commerce. Ainsi, au Palais, on dit tous les jours *juges consulaires* pour désigner les juges de commerce, et *justice consulaire* pour désigner la juridiction commerciale. C'est là une preuve entre mille de la persistance des vieux usages. Le temps a beau marcher et semer sur sa route les nouveautés et le progrès, l'usage lui survit; et c'est même parfois en vain que la loi parle, l'usage est plus fort qu'elle.

Le *Consulat de la mer* est, comme son nom l'indique, un recueil particulièrement consacré au droit maritime. Il comprend 297 chapitres, ou, tout au moins, 252, si l'on en retranche, comme n'en faisant point partie, ainsi que le proposent plusieurs auteurs, les 45 premiers chapitres sur la procédure en matière maritime. C'est un vaste répertoire, une espèce de Digeste nautique, où ont été réunies avec assez peu d'ordre et de méthode

toutes les maximes du droit maritime, qui, à l'époque de sa rédaction, étaient en vigueur dans les ports et sur le littoral de la Méditerranée; il renferme un trop grand nombre de règles pour avoir été créé d'un seul jet. On peut le considérer comme la législation maritime coutumière la plus étendue, la plus complète, du moins dans les parties qu'il traite, que nous ait léguée le moyen âge.

Pendant longtemps, le *Consulat de la mer* servit de législation maritime à la France méridionale, et à toutes les nations commerçantes de la Méditerranée. Casarégis en parle en ces termes : *Consulatus maris, in materiis maritimis, tanquam universalis consuetudo habens vim legis, inviolabiliter attendenda est apud omnes provincias et nationes.*

Cependant, malgré la renommée dont a joui ce recueil, on ne sait pas positivement si c'était un acte de l'autorité publique ou tout simplement l'œuvre d'un simple particulier. Le style semble indiquer qu'il n'était pas une œuvre législative, ou au moins purement législative : car on y trouve des définitions, des maximes, des axiomes, toutes choses qui se concilient assez mal avec le langage et le caractère des lois.

On n'est pas non plus d'accord sur l'époque précise où il fut rédigé, ni sur la nation chez laquelle il vit le jour, ni même, ce qui pourra paraître plus extraordinaire, sur la langue dans laquelle il fut originairement écrit. L'opinion la plus vraisemblable est qu'il fut rédigé à la fin du XI^e^ et au commencement du XII^e^ siècle, à Barcelone, et en langue catalane; les auteurs qui l'ont cité dans les temps les plus voisins de son apparition, l'attribuent tous sans exception à Barcelone, et le confondent même complétement avec les lois barcelonaises. Un ancien docteur, François Maysonny, en a donné une traduction en français, mais en si mauvais français qu'il est à peine intelligible. Aussi Valin dit-il : « Il est triste qu'un recueil aussi précieux et aussi utile pour ceux qui sont appelés à l'étude des lois maritimes, n'ait pas trouvé jusqu'ici un meilleur traducteur. »

Émérigon avait entrepris une traduction du *Consulat*, et l'avait

poussée jusqu'au 171ᵉ chapitre, mais il ne l'a point achevée, et elle n'a point été imprimée. M. Pardessus a comblé cette lacune.

Ce recueil fut suivi d'un autre que j'ai déjà nommé, les *Jugements ou rôles d'Oléron*. Ce nom de *rôles* vient de ce que anciennement les jugements s'écrivaient sur des feuilles de parchemin roulé, ou rouleaux de parchemin. Ce recueil est beaucoup moins étendu que le *Consulat de la mer*. Il ne se compose que de 56 articles, dont 25 même paraissent d'une date postérieure aux 31 premiers; c'est un résumé substantiel, mais très-concis, trop concis, des usages qui étaient en vigueur, à l'époque de sa rédaction, dans les ports de l'Océan.

Ce recueil obtint, comme le *Consulat de la mer*, un grand crédit, une grande autorité; il fut adopté par un grand nombre de nations. « Ces lois d'Oléron, dit Valin d'après Selden, furent reçues avec un tel applaudissement dès qu'elles parurent, qu'elles devinrent une règle générale de décisions sur les matières maritimes. »

Cependant, comme pour le *Consulat de la mer*, il existe quelque incertitude sur l'origine des *rôles d'Oléron*. L'opinion la plus probable et la plus générale, est que ce fut la reine Eléonore, duchesse de Guyenne, qui les fit rédiger à son retour de la Terre-Sainte, où elle avait accompagné son mari.

Clairac est on ne peut plus explicite sur ce point. Elle les appela, dit-il, *rôles d'Oléron* du nom de son île bien-aimée.

Voici comment il s'exprime:

« Au même temps où les coutumes de la mer du Levant, insérées au livre du *Consulat de la mer*, furent en vogue et en crédit par tout l'Orient, la reine Eléonore, duchesse de Guyenne, de retour de la Terre-Sainte, fit dresser le premier projet des jugements intitulés *rôles d'Oléron*, du nom de son île bien-aimée. pour servir de lois dans l'Océan. »

Les auteurs anglais attribuent à ce recueil une origine anglaise et le revendiquent pour leur patrie. C'est un point controversé entre eux et les auteurs français, de savoir si *les jugements d'Oléron* ont une origine anglaise ou une origine française. Et

cette controverse se rattache à une circonstance extrêmement remarquable de la vie d'Eléonore, de cette reine qui eut la singulière fortune de porter successivement la couronne de France et la couronne d'Angleterre; car, après son divorce avec Louis VII, elle épousa Henri, duc de Normandie et comte d'Anjou, qui devint roi d'Angleterre sous le nom de Henri III, et c'est même de ce mariage que naquit Richard Cœur-de-Lion.

Or, cela se comprend, les auteurs qui considèrent ce recueil comme ayant été rédigé pendant qu'Eléonore était reine de France, lui attribuent naturellement une origine française, tandis que ceux qui le considèrent comme ayant été rédigé après qu'Eléonore fut devenue reine d'Angleterre, lui attribuent, au contraire, une origine anglaise. Mais c'est là un point d'une importance trop secondaire pour mériter les frais d'érudition qu'on a faits, et en pure perte, dans l'intention de l'éclaircir.

Du reste, ce recueil ne porte ni le nom de la reine Eléonore, ni aucune formule législative. Chaque décision est terminée par ces mots : *tel est le jugement;* ce qui indique que c'était, non pas une œuvre législative, mais un recueil de décisions judiciaires, d'actes de notoriété, d'usages, constatant la jurisprudence sur les cas jugés.

Ce recueil fut bientôt suivi de plusieurs autres. Quand la découverte du cap de Bonne-Espérance eut ouvert un vaste champ aux spéculations du commerce maritime, Amalfi, Wisby et les villes hanséatiques eurent leurs règlements, leurs recueils de décisions et d'usages.

Amalfi, située sur les confins de l'ancienne Lucanie, aujourd'hui province de Salerne, est cette ville où, suivant une tradition célèbre, qui a beaucoup perdu aujourd'hui de son crédit, aurait été retrouvé le manuscrit des Pandectes, disparu depuis plus de trois siècles. « Amalfi, dit Guillaume Pugliesse, étendait si loin ses relations, qu'on ne voyait que des commerçants et des navigateurs d'Amalfi à Antioche, à Alexandrie, en Syrie, en Arabie, dans les Indes et dans l'Afrique. » Une ville aussi riche et aussi

puissante, devenue telle par le commerce et la navigation, dut avoir de bonne heure une législation commerciale et maritime. A cet égard, nous ne sommes pas réduits à de simples conjectures. Un auteur qui écrivait en 1570, Martin Frescia, parle d'un recueil de jurisprudence navale, appelé *Table amalfitaine;* et s'il faut l'en croire, les lois que contenait cette table étaient plus suivies de son temps qu'aucune autre. Un auteur hollandais, Henri Brinckmann, appuie le témoignage de Frescia. Enfin M. Azuni dit : « Nous savons par l'histoire qu'il fut établi dans Amalfi une cour de *haute amirauté*, de laquelle ressortissaient toutes les nations environnant la Méditerranée. Constantinople même y envoyait pour obtenir, sur les contestations maritimes, des jugements maritimes. »

Cependant des doutes s'étaient élevés sur l'exactitude de l'assertion de Frescia, et même sur l'existence de la table d'Amalfi, au moins comme législation originale; mais par un hasard inespéré, cette table a été retrouvée en 1844 dans la bibliothèque impériale de Vienne et publiée à Naples en 1845. Elle se compose de 66 articles, dont les uns sont en latin plus ou moins barbare, les autres en italien ancien, d'autres en italien correct.

Après la table d'Amalfi, viennent les lois de Wisby.

Wisby, au nord de l'île Gottland, en Suède, fut autrefois une très-belle ville maritime, aujourd'hui à peu près ruinée. C'était le marché le plus fréquenté et la foire la plus florissante de l'Europe septentrionale : « Là, dit Clairac, les Goths ou Suèves, les Russiens, les Danois, Prussiens, Livons, Allemands, Saxons, Anglais et Français, chaque nation y avait son quartier et des rues particulières, tous les étrangers y jouissaient des mêmes privilèges que les naturels bourgeois. »

C'est dans cette ville que fut rédigé, en 66 articles, le recueil intitulé : *Droit maritime de Wisby*. Ce recueil, qui est écrit en allemand, a servi de base à la législation de tous les peuples du Nord, notamment des Danois et des Suédois. Mais on n'y trouve guère que des dispositions empruntées au *Consulat de la mer* et aux *Jugements ou rôles d'Oléron*.

Je passe aux règlements de la hanse Teutonique. Des villes longtemps divisées, isolées, sentirent la nécessité de s'unir, de s'associer pour leur défense commune, de mettre en quelque sorte en commun leurs priviléges et leurs franchises, pour donner au commerce de chacune d'elles en particulier plus d'extension et de sécurité. Trois villes, Cologne, Lubeck, Dantzick, commencèrent cette association qui devint bientôt très-puissante : car elle comprenait plus de 60 villes, dont Bayonne, Bordeaux, La Rochelle faisaient partie. Elle entretint des flottes, soutint la guerre contre des rois et jeta le plus vif éclat. Les députés de la ligue se réunissaient tous les ans à Lubeck, à l'époque des fêtes de la Pentecôte. C'est là qu'en 1591 furent rédigés des règlements qui servaient de lois à tous les membres de la ligue. Ces règlements étaient appelés *recès*, du mot latin *recessus*, départ, parce que c'était au moment même de leur départ que les députés de la ligue les signaient.

Ces *recès* furent soumis en 1614 à une révision générale, dans la même ville de Lubeck. Mais cette nouvelle édition ne diffère de la première qu'en ce qu'elle est mieux coordonnée, que les dispositions en sont mieux classées, que le style offre plus de correction; au fond, les dispositions en sont exactement les mêmes.

Jusqu'à présent, je n'ai guère trouvé à signaler que des recueils d'origine plus ou moins étrangère. J'arrive à un document certainement d'origine française, le *Guidon de la mer*, qui fut rédigé à Rouen par un négociant de cette ville dont le nom est resté inconnu.

« Ce traité, dit Clairac, est pièce française, et fut ci-devant dressé en faveur des marchands-trafiquants en la noble cité de Rouen; et ce avec tant d'adresse et de subtilité que l'auteur d'icelui, en expliquant les contrats ou polices d'assurances, a insinué et fait entendre avec grande facilité tout ce qui est des autres contrats maritimes et tout le général du commerce naval. »

Le style du *Guidon* est suranné; mais le recueil n'en est pas

moins précieux par le grand nombre de décisions et la sagesse des maximes qu'il contient ; les règles du contrat d'assurance, telles qu'on les observait alors, y sont exposées avec une grande clarté. L'auteur du *Guidon* est, comme je l'ai dit tout à l'heure, resté inconnu ; aussi Clairac continue-t-il en ces termes : « L'auteur du *Guidon* n'a rien omis, si ce n'est de mettre son nom pour en conserver la mémoire et l'honneur qu'il mérite, d'avoir tant obligé sa patrie et toutes les autres nations de l'Europe, lesquelles peuvent trouver en son ouvrage l'accomplissement de ce qui manque ou la correction de ce qui est mal ordonné aux règlements que chacune a faits en particulier sur semblable sujet. »

C'est faire suffisamment l'éloge de ce recueil, de dire que presque toutes les décisions qu'il renferme ont été converties en lois par l'Ordonnance de Louis XIV sur la marine.

En approchant du XVII^e^ siècle, nous rencontrons un Édit sur lequel on ne saurait trop appeler l'attention ; c'est l'Édit de 1563, qui créa à Paris la juridiction consulaire. Ce fut l'œuvre d'un génie puissant et éclairé, du chancelier de l'Hospital, qui, à une époque où le commerce était encore dans l'enfance, où les gouvernements s'occupaient à peine de son existence, en avait compris toute l'utilité et pressenti l'influence future sur la prospérité des États.

Dans le préambule de l'Édit de 1563, il indique les causes qui ont motivé la création de cette juridiction exceptionnelle, « établie, y est-il dit, pour le bien public et abréviation de tous procès et différends entre marchands, qui doivent négocier ensemble de bonne foi sans être astreints aux subtilités des lois et ordonnances. » C'est ce qui plus tard a fait dire à Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. 20, chap. 18) : « Les affaires de commerce sont très-peu susceptibles de formalités : ce sont des actions de chaque jour, que d'autres, de même nature, doivent suivre chaque jour ; il faut donc qu'elles puissent être décidées chaque jour. »

Avant l'Édit de 1563, ce mémorable Édit qui fut complété par une Déclaration de 1565 due également au chancelier de l'Hospital, la France ne possédait pas de juridiction spéciale pour le commerce. Il existait bien dans quelques villes des espèces de tribunaux qui contenaient le germe de cette institution : il y avait, notamment à Lyon, une juridiction spéciale connue sous le nom de *Conservation du commerce de Lyon ;* mais ce fut véritablement le chancelier de l'Hospital qui eut le mérite de créer en France la juridiction consulaire, et il l'organisa avec une sagesse telle que, pendant trois siècles, elle s'est perpétuée sans subir presque aucune modification. Ce fut lui qui, le premier, posa ces grands principes d'élection, de gratuité, de temporalité, qui sont depuis lors devenus les caractères propres à cette institution et subsistent encore aujourd'hui.

L'œuvre de l'Hospital fut respectée et continuée par Henri III, Henri IV, Louis XIII et Louis XIV, qui établirent successivement de nouveaux siéges consulaires.

Mais jusqu'au règne de Louis XIV, il n'existait véritablement aucun code soit sur le commerce de terre, soit sur le commerce de mer ; il était réservé à ce prince de donner à la France, avec un commerce florissant et une marine formidable, les meilleures lois qu'elle eût eues jusque-là sur le commerce, tant de terre que de mer. Honnêtement et habilement secondé par Colbert, il dota le royaume de nombreuses manufactures, de compagnies puissantes, de vastes établissements commerciaux en tous genres ; et il favorisa de tout son pouvoir les entreprises lointaines, les armements maritimes. Cette énergique impulsion donnée à l'industrie, au commerce, à la navigation, rendit plus sensible l'imperfection des lois commerciales existantes ; et comme couronnement de son œuvre, Louis XIV, toujours et heureusement inspiré par Colbert, fit paraître en 1673 sa célèbre Ordonnance sur le commerce de terre, et, en 1681, son Ordonnance plus célèbre encore sur le commerce de mer. Dans le préambule de l'Ordonnance de 1673, il expose ses travaux et ses vues en ces termes :

« Louis, etc. Comme le commerce est la source de l'abondance publique et la richesse des particuliers, nous avons depuis plusieurs années appliqué nos soins pour le rendre florissant dans notre royaume. C'est ce qui nous a porté premièrement à ériger parmi nos sujets plusieurs compagnies, par le moyen desquelles ils tirent présentement des pays les plus éloignés ce qu'ils n'avaient auparavant que par l'entremise des autres nations. C'est ce qui nous a engagé ensuite à faire construire et armer grand nombre de vaisseaux pour l'avancement de la navigation, et à employer la force de nos armes par mer et par terre pour en maintenir la sûreté. Ces établissements ayant eu tout le succès que nous en attendions, nous avons cru devoir être obligé de pourvoir à leur durée par des règlements capables d'assurer parmi les négociants la bonne foi contre la fraude, et de prévenir les obstacles qui les détournent de leur emploi par la longueur des procès et consomment en frais le plus liquide de ce qu'ils ont acquis. »

Et dans le préambule de l'Ordonnance de 1681, après avoir indiqué les efforts qu'il a faits pour donner au commerce maritime toute la sécurité possible, il ajoute : « Parce qu'il n'est pas moins nécessaire d'affermir le commerce par de bonnes lois, que de le rendre libre et commode par la bonté des ports et par la force des armes, et que nos Ordonnances, celles de nos prédécesseurs, ni le droit romain ne contiennent que très-peu de dispositions pour la décision des différends qui naissent entre les négociants et les gens de mer, nous avons estimé que pour ne rien laisser désirer au lieu de la navigation et du commerce, il était important de fixer la jurisprudence des contrats maritimes, jusqu'à présent incertaine; de régler la juridiction des officiers de l'amirauté et les principaux devoirs des gens de mer; et d'établir une bonne police dans les ports, côtes et rades qui sont dans l'étendue de notre domination. A ces causes, etc. »

C'est maintenant de ces deux Ordonnances, source immédiate de notre Code de commerce, que j'ai à m'occuper. Parlons d'abord de l'Ordonnance de 1673 :

L'Ordonnance de 1673, consacrée, comme nous venons de le voir, au commerce de terre, contient douze Titres, qui, pour la plupart, correspondent à des Titres de notre Code de commerce, et il n'en est pas un qui n'ait fourni aux rédacteurs de ce Code des dispositions plus ou moins nombreuses. La lettre de change y est réglementée en 33 articles dans sa forme et dans ses effets. Les sociétés, assez nouvelles alors pour la France, les sociétés, qui sont si diverses dans leur but, y apparaissent sous deux aspects différents, comme *générales* et *en commandite ;* elles y sont soumises à la formalité de l'enregistrement au greffe de la justice consulaire et placées sous la juridiction spéciale de l'arbitrage. Les fonctions des *agents de change*, appelés alors *agents de banque*, et des *courtiers,* y sont nettement déterminées et strictement limitées. La compétence de la justice consulaire y est fort exactement définie. Mais la matière des *faillites et banqueroutes* y est à peine effleurée : on n'y trouve sur cette matière si vaste que 13 articles, évidemment insuffisants, et la peine prononcée contre les banqueroutiers est d'une rigueur exagérée, révoltante, car c'est la peine de mort.

L'Ordonnance contient aussi certaines dispositions qui n'ont point passé et ne pouvaient point passer dans notre Code : ce sont celles qui concernent les *maîtrises et jurandes.* Je dirai quelques mots, quelques mots seulement, de cette vieille institution. Le système des maîtrises et des jurandes était fondé sur cet étrange principe que, pour exercer un métier, un art, une profession, il fallait en avoir obtenu la permission, permission que l'on était obligé d'acheter et souvent même de payer très-cher: aussi tous les arts, toutes les industries, toutes les professions étaient concentrés entre les mains d'un petit nombre de personnes qui en avaient obtenu à prix d'argent le privilége exclusif. L'Etat considérait comme une ressource financière les sommes qu'il se procurait ainsi.

En 1767, Saint-Simon, traitant dans un mémoire des besoins et des ressources de l'Etat, exposait que le Conseil était *dans la nécessité d'établir des maîtrises nouvelles, à cause du mariage du roi.*

Le premier coup porté à ce système, la première brèche faite à ce vieil édifice, le fut par la main d'un ministre dont le nom sera toujours cher à la France commerciale et industrielle, par la main de Turgot, dans l'Édit de 1776, cet Édit qui supprima la plupart des corporations, mais qui aussi causa la disgrâce de son auteur, entraîna sa retraite et ne lui survécut pas longtemps.

L'œuvre de Turgot ne devait être définitivement achevée que par l'Assemblée constituante. C'est cette assemblée qui a fondé en France la liberté civile et la liberté industrielle, ces deux grandes bases de toute société bien organisée; c'est elle qui, à ce vieux préjugé que le droit de travailler était un droit royal que le souverain pouvait vendre et que les sujets devaient acheter, a substitué un principe nouveau et fécond, le principe de la liberté du travail et de l'industrie, considéré désormais, ainsi qu'il aurait toujours dû l'être, comme inhérent à la nature même de l'homme, et, pour me servir des expressions de Turgot, comme un droit sacré, inaliénable et imprescriptible.

Mais revenons à l'Ordonnance de 1673.

L'Ordonnance de 1673 est, en grande partie, je pourrais dire en totalité, l'œuvre d'un ancien négociant, de Savary, qu'une longue pratique du commerce avait familiarisé avec ses usages et avec sa jurisprudence. Lorsque Colbert eut conçu le projet de faire rédiger cette espèce de Code de commerce, il fit appel à toutes les lumières, à toutes les expériences. Savary rédigea deux mémoires qui lui valurent l'honneur d'être appelé à siéger dans la commission de rédaction, et il exerça sur les délibérations de cette commission une influence telle que le conseiller d'Etat Pussort, oncle de Colbert, qui la présidait, appelait l'Ordonnance de 1673 *le code Savary*. Dans la pratique, on lui donnait un autre nom qui a prévalu, celui de *Code marchand*. C'était, en effet, le Code de commerce de cette époque.

Il semblerait, d'après ce que je viens de dire de la grande part prise par Savary à la rédaction de l'Ordonnance de 1673, que le meilleur commentaire de cette Ordonnance, ce dût être l'ouvrage de Savary, intitulé *le Parfait négociant*. En effet, le

succès de ce livre fut immense. On le citait au Palais, même du vivant de son auteur, et c'était alors un grand et rare triomphe. Cujas seul, avant Savary, avait pu ainsi entendre invoquer son nom en justice. Du reste, le succès de cet ouvrage se comprend : tout s'y trouve, depuis la direction à donner aux enfants qui se destinent aux professions commerciales jusqu'aux notions les plus curieuses sur le négoce étranger, depuis la manière de s'y prendre pour conduire un petit commerce jusqu'aux abstractions les plus compliquées sur le contrat de change.

Toutefois, il faut le dire, le *Parfait négociant* n'est pas une œuvre de doctrine : c'est un ouvrage de pratique ; il est destiné à former non des jurisconsultes, mais des commerçants ; et la multiplicité, l'aridité des détails purement mercantiles que l'auteur y a semés à profusion, en rendent la lecture peu attrayante, et même, en certains endroits, peu profitable, pour ceux du moins qui ne se destinent pas spécialement aux professions commerciales.

Un autre commentateur de l'Ordonnance de 1673, qui était fort estimé dans l'ancien droit et que j'aurai plus d'une fois l'occasion de citer, c'est Jousse, contemporain et collègue de Pothier. Il a fait, sur cette Ordonnance, un commentaire clair, lucide, judicieux. A cet égard, on ne saurait trop en faire l'éloge. Mais ce n'est guère qu'un opuscule, rien n'y est approfondi, et, au point de vue doctrinal, il n'a pas une bien grande importance.

Pothier, dont l'esprit était aussi vaste que lumineux, n'a pas seulement fait d'excellents traités sur le droit civil, il en a fait aussi sur plusieurs des matières comprises dans l'Ordonnance de 1673, notamment sur le contrat de change, sur les sociétés, et ce sont là les meilleurs commentaires de cette Ordonnance.

Je ne parlerai point de Bornier et de Boutaric, qui ne sont guère que de simples annotateurs ; car, dans leur recueil des Ordonnances de Louis XIV, ils se sont bornés à rassembler des documents, à citer des arrêts et à y ajouter quelques notes. En somme, leur œuvre personnelle se réduit à peu de chose. Mais

je ne puis passer sous silence l'ouvrage de Dupuy de la Serra sur les *lettres de change*. Cet ouvrage, qui fut publié en 1693, se recommande par l'ordre, la disposition, la netteté des explications, parfois cependant trop longues et un peu diffuses. Pothier en faisait le plus grand cas, et il lui arrive souvent de ne motiver ses décisions que par ces mots : « Tel est l'avis de la Serra. » Le livre de la Serra a été traduit dans presque toutes les langues.

Je ne veux pas quitter l'Ordonnance de 1673 sans m'expliquer sur un reproche qui lui a été souvent adressé et qui est, selon moi, immérité. On lui a mainte fois reproché de n'avoir pas prévu un assez grand nombre de cas, de n'être pas, comme on dit, *assez riche en détails*. Je l'avoue, c'est là, à mes yeux, son plus grand mérite : tout ce qu'on peut, tout ce qu'on doit raisonnablement exiger des auteurs d'une ordonnance, d'une loi, c'est de formuler avec netteté et précision les grands principes de la matière. Il appartient aux juges et aux jurisconsultes d'en déduire les conséquences, d'en faire l'application aux espèces innombrables qui peuvent se présenter; mais la prolixité est, à mes yeux, le plus grand vice des lois : leur perfection, leur stabilité dépend, non-seulement de la justesse et de la fécondité des principes qu'elles consacrent, mais aussi, surtout, de la sobriété des détails.

Je passe à l'Ordonnance de 1681. Comme on a pu le voir par ce que j'ai rapporté de son préambule, cette Ordonnance était consacrée, non pas seulement au droit maritime proprement dit, mais à tout ce qui concerne le commerce de la mer. Elle était divisée en cinq livres, et comprenait dans son vaste cadre : les amirautés (liv. 1[er]), les gens de mer et les navires (liv. II), les contrats maritimes (liv. III), la police des ports (liv. IV), la pêche maritime (liv. V). Il s'y trouve des dispositions qui se rattachent les unes au droit civil, comme celles relatives aux testaments en mer, d'autres à la juridiction militaire, comme celles relatives aux attributions du grand amiral, d'autres enfin à l'administration publique, comme celles qui concernent l'ins-

truction et l'examen des navigateurs, etc. Elle contenait même sur certains points, sur la pêche maritime notamment, des prescriptions d'une minutie extrême.

Malgré cela, ou peut-être à cause de cela, elle eut un très-grand succès et fut généralement adoptée en Europe. On la considère comme le chef-d'œuvre législatif du règne de Louis XIV.

Elle a été l'objet de beaucoup de commentaires; mais elle n'a trouvé un commentateur digne d'elle que 80 ans après sa promulgation. Ce commentateur, ce fut Valin, d'abord avocat, ensuite procureur du roi à La Rochelle, Valin qui consacra quarante ans de sa vie à l'étude de la législation maritime. Aussi, pour tout ce qui a rapport à cette législation, son ouvrage est de la plus grande importance et de la plus haute valeur. Il fut publié en 1760 et eut tout le succès qu'il méritait. Il suffit de lire les discussions qui ont précédé et préparé notre Code de commerce pour voir avec quel respect les rédacteurs de ce Code parlaient de Valin, et avec quelle déférence ils s'empressaient presque toujours de se ranger à ses opinions.

Valin exprimait en ces termes son admiration pour l'Ordonnance de 1681 : « Elle est, sans contredit, la plus belle de toutes celles de Louis XIV, qui pourtant avait déjà mérité le titre de législateur de la France, à la faveur des Ordonnances de 1667, 1669, 1670 et 1673, qu'il avait publiées pour réformer l'administration de la justice, tant au civil qu'au criminel, et fixer la jurisprudence sur la matière des eaux et forêts aussi bien que du commerce de terre. Mais son chef-d'œuvre dans le genre législatif était réservé pour la jurisprudence maritime, jusque-là inconnue dans le royaume. Je ne crains point que ceux qui sont en état de juger des beautés de cette Ordonnance, soient tentés de me faire le reproche de tomber dans le défaut des panégyristes, encore moins ceux d'entre eux qui seront instruits de l'état où étaient notre marine, notre navigation, notre commerce sur mer, et, par conséquent, notre jurisprudence nautique, au commencement du règne de ce grand prince. »

Un autre commentateur de l'Ordonnance de 1681, c'est Emé-

rigon, qui est aussi fort estimé et qu'on appelle *la lumière du Midi*. Emérigon avait remarqué que, dans l'excellent ouvrage de Valin, une matière importante, la matière des assurances, etait traitée sinon superficiellement, du moins d'une manière insuffisante, incomplète ; et pour combler cette lacune, il entreprit de faire lui-même un traité sur les *Assurances*. Ce traité est certainement supérieur à la partie correspondante de l'ouvrage de Valin. Il est même très-remarquable. Lucidité, érudition, connaissances pratiques, rien n'y manque. C'est le traité classique des assurances. Toutefois, il est à regretter que l'auteur y ait introduit un trop grand nombre d'hypothèses, et un trop grand nombre d'espèces sur lesquelles il avait été appelé à donner son avis comme avocat ou à prononcer comme arbitre, et surtout qu'il l'ait surchargé de citations latines. Aussi est-ce l'arsenal où puisent habituellement ceux qui, dans les anciens auteurs, ne cherchent guère que des citations toutes faites, et vont s'imaginant que les vérités les plus incontestables perdraient quelque chose de leur valeur et de leur autorité, si elles étaient exprimées en français, au lieu de l'être en latin.

Pothier, lui aussi, a fait des traités sur divers Titres de l'Ordonnance de 1681 ; et si ce ne sont pas les meilleurs qu'il ait faits, ils sont loin cependant d'être dépourvus de mérite. Son traité sur les *Assurances* a eu l'honneur d'être annoté, en 1810, par Estrangin, dont, pour le dire en passant, les notes sont plus estimées que le texte. Estrangin parle de l'Ordonnance de 1681 à peu près dans les mêmes termes que Valin : « Enfin, dit-il, l'Ordonnance de la marine, du mois d'août 1681, parut ; et cette loi, qui a été regardée comme le plus beau monument du siècle de Louis XIV, dans laquelle ont été réunis et perfectionnés les matériaux existant auparavant, qui y a ajouté de nouvelles richesses, cette loi a justement fait époque dans la législation maritime ; obligatoire pour les seuls Français, elle est devenue presque dès sa promulgation le droit commun de l'Europe. L'ensemble qu'elle présente de toutes les parties du droit maritime, la justesse et la clarté de ses dispositions, l'ordre et l'in-

telligence qui y règnent, l'ont fait prendre pour règle et pour modèle même chez les peuples les moins amis de la France. »

Ainsi, Valin, Émérigon, Estrangin ont parlé tous les trois avec admiration de l'Ordonnance de 1681 ; mais un témoignage plus concluant encore que celui de ces auteurs, qu'on peut supposer trop enclins à louer l'œuvre à laquelle ils avaient consacré leurs veilles, c'est celui d'un jurisconsulte anglais, de Marshall, qui, dans son *Traité des assurances,* imprimé à Londres en 1808, s'exprime ainsi : « Le système du droit maritime le plus vaste et le plus complet est la fameuse Ordonnance de Louis XIV, publiée en 1681. Cet excellent code fut composé et rédigé par une main très-habile, sous l'inspiration de Colbert ; toutes les anciennes lois de la France et des autres nations furent soigneusement examinées ; les hommes les plus savants de l'époque donnèrent l'assistance de leurs lumières, et l'on consulta les parlements, les cours d'amirauté et les chambres de commerce. Cette Ordonnance forme un système de tout ce que l'expérience et la sagesse des siècles avaient reconnu comme juste et convenable dans les institutions maritimes des peuples de l'Europe ; et, quoiqu'on y trouve quelques règles nouvelles, introduites par des motifs d'intérêt national, on l'a toujours regardée comme un code de très-grande autorité sur toutes les questions de jurisprudence maritime. »

Les rédacteurs de l'Ordonnance de 1681, comme l'auteur du *Guidon de la mer,* sont restés inconnus, et cette particularité a inspiré à Valin des regrets qu'il exprime en ces termes : « Combien ne serait-il pas à souhaiter que nous pussions payer à la mémoire des rédacteurs de cette précieuse collection le tribut de louanges, d'estime et de respect qu'ils ont mérité à si juste titre ! Mais, par une fatalité inconcevable, les noms de ces grands hommes ne sont pas parvenus jusqu'à nous. On connaît ceux qui ont rédigé les Ordonnances antérieures, et l'ouvrage de ceux-ci, quoique d'un mérite beaucoup supérieur, n'a pu les sauver de l'oubli. »

Les Ordonnances de 1673 et de 1681 étaient sans doute de beaux monuments de législation: elles étaient le résultat heureux de la science des jurisconsultes les plus éclairés et de l'expérience des commerçants les plus habiles; elles méritent, sans doute, le concert de louanges qui les accueillit dès leur apparition. Mais, il faut le reconnaitre, elles étaient devenues insuffisantes; et cette insuffisance tenait à plusieurs causes. Le progrès de la richesse mobilière, l'accroissement de la fortune publique et privée, l'activité des transactions, le développement du commerce, toutes ces causes réunies avaient fait naître des besoins nouveaux, et il fallait des lois nouvelles pour y satisfaire. Aussi, même avant la révolution de 1789 (cette révolution qui a si profondément modifié notre organisation politique, administrative, commerciale et industrielle), dès 1787, la nécessité de réviser les Ordonnances de Louis XIV et les lois commerciales en général avait été sentie : une commission avait été nommée pour procéder à cette révision ; mais elle n'avait pas achevé son travail quand éclata la révolution de 1789, et ce projet de révision, forcément interrompu, ne fut repris que sous le gouvernement consulaire (1).

C'est le 13 germinal an XII. correspondant au 3 avril 1801, que fut arrêtée, par les consuls, la rédaction d'un projet de Code de commerce, et que furent nommées les personnes appelées à concourir à la rédaction de ce projet. Voici le texte de cet arrêté :

« ART. 1er. Il sera établi, auprès du ministre de l'intérieur, une commission composée de sept membres, qui seront chargés de concourir à la rédaction d'un projet de Code de commerce.

« ART. 2. Les sieurs Gorneau, juge au tribunal d'appel de Paris; Vignon, président du tribunal de commerce; Boursier, ancien juge de commerce; Legras, jurisconsulte; Vital-Roux,

(1) Ceux qui voudraient approfondir les notions qui précèdent, liront avec intérêt l'*introduction historique* que M. Molinier a placée en tête de son *Traité de droit commercial*.

négociant; Coulomb, ancien magistrat; Mourgues, administrateur des hospices, sont membres de cette commission. »

Cette commission s'acquitta avec le plus grand zèle, avec la plus grande célérité, de la tâche qui lui était confiée; et le 4 décembre 1801, le ministre de l'intérieur de cette époque (c'était Chaptal) présenta le projet au gouvernement, en y joignant un rapport, dans lequel on lisait entre autres choses :

« Dans leur ensemble, la plupart des dispositions que ce projet renferme ont été *extraites* de l'Édit de 1673 et de l'Ordonnance de 1681. On a même conservé l'expression littérale de ces lois lorsqu'on a reconnu qu'elle était précise et non surannée. »

Il est donc vrai de dire que les Ordonnances de 1673 et de 1681 sont le meilleur commentaire, la meilleure explication de notre Code de commerce. Il faut en rapprocher sans cesse les dispositions de celles de ce Code, et les mettre constamment en regard de ces dernières.

Chaptal continue : « Quant aux dispositions nouvelles, dont on propose l'admission, elles sont le produit de l'expérience ou l'expression d'un vœu émis par les grandes places de commerce. »

Un orateur du conseil d'État disait à son tour : « Le deuxième livre du Code de commerce comprend toutes les transactions maritimes, et il remplace, sous ce rapport, l'Ordonnance de 1681. Vous annoncer que nous avons conservé tous les principes qu'elle a consacrés en ce qui touche les contrats maritimes; que nous ne nous sommes permis qu'un petit nombre de changements, qui nous paraissaient justifiés par ceux mêmes qu'ont éprouvés le commerce et la navigation dans le laps d'un siècle, ou par la justice la plus évidente; c'est vous dire, ce nous semble, que l'amour de l'ordre, le respect dû à la sagesse de nos ancêtres et une juste circonspection ont dirigé nos travaux, et que, si c'est avec confiance que nous venons soumettre ce projet de loi à votre examen, cette confiance nous est inspirée par notre admiration même pour l'Ordonnance sur laquelle nous nous appuyons.

« C'est justifier en grande partie le projet qui vous est pré-

senté que vous dire que nous avons suivi presque toujours l'Ordonnance de 1861. »

Le lendemain même du jour où leur fut présenté par M. Chaptal le projet de Code de commerce, les consuls rendirent un second arrêté, portant que ce projet serait communiqué aux conseils et aux tribunaux de commerce, qui seraient invités à l'examiner et à fournir leurs observations dans le délai de deux mois.

Le projet fut, en outre, communiqué aux Cours d'appel, alors appelées *tribunaux d'appel*, et à la Cour de cassation, qui alors aussi était appelée *tribunal de cassation;* ces tribunaux furent invités, comme les conseils et les tribunaux de commerce, à se livrer à l'examen du projet et à transmettre leurs observations dans le délai de deux mois.

Toutes les observations qui avaient été demandées furent fournies, elles ont même été imprimées, et, réunies, elles forment trois gros volumes in-4°.

Elles furent tout naturellement communiquées à la commission de rédaction, qui révisa en conséquence son travail primitif et y fit d'assez nombreux changements ; elle crut même devoir consigner ses motifs dans un écrit intitulé : *Révision du projet de Code de commerce*, qui fut publié en 1803. Cet écrit était l'œuvre de trois de ses membres, MM. Legras, Gorneau et Vital-Roux.

Le projet de Code de commerce, ainsi revu et corrigé par ses auteurs eux-mêmes, fut envoyé au conseil d'Etat, section de l'intérieur. Il dormait déjà depuis plusieurs années dans les cartons de ce conseil, et il était presque oublié, lorsqu'une circonstance particulière vint tout à coup le rappeler à l'attention. A cette époque, des faillites nombreuses, scandaleuses, éclatèrent coup sur coup : une maison, notamment, qui jouissait d'un immense crédit et se livrait à un luxe effréné, manqua de 28 à 30 millions, sans rien changer à ses habitudes de magnificence, sans rien diminuer de son faste. L'indignation fut si vive, si générale, que le gouvernement ne crut pouvoir se dispenser de

faire discuter sur-le-champ le projet de Code de commerce, qui contenait, en effet, un livre sur les faillites, espérant par là arrêter le cours de ces désordres.

L'orateur du conseil d'Etat qui exposait les motifs du projet de loi sur les faillites, faisait allusion à cette circonstance lorsqu'il disait : « Malheureusement cette loi répressive est devenue un besoin public. L'indignation générale l'appelle, le vœu universel l'attend, tout ce que la France renferme de commerçants honnêtes la réclame. »

La discussion commença au conseil d'Etat le 4 novembre 1806. Ce conseil n'y consacra pas moins de 60 séances : il s'en occupa pendant toute une année. Le projet fut ensuite *officieusement* communiqué au Tribunat, sections réunies de l'intérieur et de la législation. Il fut soumis dans le sein de ces deux sections réunies à un examen approfondi, et reporté au conseil d'Etat, sections de l'intérieur et de la législation, avec les observations et les amendements dont le Tribunat l'avait jugé susceptible.

Ce fut ensuite sur le rapport de la section de l'intérieur que la rédaction définitive fut arrêtée en assemblée générale par le conseil d'Etat.

Des membres de ce conseil furent alors désignés pour porter, comme orateurs du gouvernement, le projet de Code de commerce au Corps législatif et en exposer les motifs devant ce corps. Le Corps législatif, à son tour, saisi de la connaissance de ce projet, le communiqua, non plus *officieusement*, mais *officiellement*, au Tribunat, toujours sections réunies de l'intérieur et de la législation. Il fut soumis dans le sein de ces deux sections à un nouvel examen, et elles désignèrent quelques-uns de leurs membres pour porter et exprimer au Corps législatif le vœu du Tribunat.

On voit donc qu'il y a deux classes, fort distinctes, d'exposés des motifs, savoir : les exposés de motifs faits par les orateurs du conseil d'Etat, et ceux faits par les orateurs du Tribunat ; et il est facile de comprendre que, si on doit s'attendre à trouver dans ces exposés quelques observations critiques, c'est dans les dis-

cours des orateurs du Tribunat, non dans ceux des orateurs du conseil d'Etat.

C'est après toutes ces épreuves que le Code de commerce fut voté par le Corps législatif et promulgué dans la forme ordinaire.

Mais ici se place une observation qui n'est pas sans importance. Le Code de commerce ne fut pas présenté au Corps législatif en un seul projet de loi, en bloc pour ainsi dire. Il avait été divisé en plusieurs projets de lois distincts, au nombre de cinq, qui furent successivement présentés, adoptés et promulgués dans la forme ordinaire. Du reste, ces divers projets de lois, dont l'ensemble forme aujourd'hui le Code de commerce, ne furent pas mis à exécution séparément, chacun à la date de sa promulgation particulière. La mise à exécution du Code de commerce tout entier eut lieu à une seule et même époque, le même jour, le 1er janvier 1808. C'est pourquoi on l'appelle *le Code de* 1808, quoiqu'il ait été rédigé en 1801, discuté au conseil d'Etat en 1806, voté par le Corps législatif et promulgué en 1807.

Cette époque du 1er janvier 1808 fut fixée par une loi du 15 septembre 1807, dont l'article 1er est ainsi conçu : « Les dispositions du Code de commerce ne seront exécutées qu'à partir du 1er janvier 1808. » L'article 2 abroge, à compter dudit jour, 1er janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code ; par conséquent, les Ordonnances de 1673 et de 1681, qui étaient restées en vigueur jusque-là.

Je ne voudrais pas vanter ce Code outre mesure ; mais, je crois pouvoir le dire sans exagération, de tous les Codes de commerce qui existent, c'est celui qui laisse le moins à désirer. Aussi les nations les plus commerçantes et les plus éclairées n'ont-elles cru pouvoir mieux faire que de nous l'emprunter et de se l'approprier. Tous les Codes de commerce modernes sont calqués sur le nôtre ; étudier le Code de commerce français, c'est donc, en quelque sorte, étudier le droit commercial européen, universel.

II. GÉNÉRALITÉS SUR LES MATIÈRES COMMERCIALES.

Je me propose de présenter ici un aperçu général et sommaire des principales matières de notre législation commerciale, considérées au point de vue de leurs éléments constitutifs, de leurs données essentielles, en un mot, ramenées à leur raison d'être.

La première condition de tout commerce, c'est le *crédit*. Il en est l'âme et la vie.

Une seconde condition, non moins essentielle au succès des opérations commerciales, c'est la *célérité*.

Enfin une troisième condition, complément indispensable des deux autres, et sans laquelle non plus le commerce et l'industrie n'auraient pu croître et se développer, c'est la *sécurité*.

Tout commerçant se propose nécessairement ces trois choses : faire le plus grand nombre possible d'affaires, les faire vite, les faire sûrement. Ainsi, crédit, célérité, sécurité, voilà les bases mêmes du commerce; voilà aussi les bienfaits que la législation commerciale est destinée à procurer au commerce en général et aux commerçants en particulier.

Occupons-nous d'abord du *crédit*, et constatons sur-le-champ une double et notable différence entre le droit civil et le droit commercial.

En matière civile, les contrats sont peu fréquents; ils se renouvellent rarement, de loin en loin, à de longs intervalles : ce ne sont guère que des accidents dans le cours ordinaire de la vie. D'un autre côté, celui qui contracte, qui emprunte, par exemple, donne pour gage son patrimoine, sa terre ou sa maison; le crédit s'attache, non à la personne, mais à la chose, à la solvabilité notoire, démontrée. En un mot, il est réel et non personnel.

En matière commerciale, il en est tout autrement : là, les opérations se succèdent avec rapidité, se renouvellent chaque jour, à chaque instant; elles naissent, en quelque sorte, les unes des autres : on n'achète que pour vendre, on ne vend que pour acheter; on ne termine une opération que pour en commencer aussitôt une nouvelle.

Comment donc un négociant, avec son actif seul, son actif matériel, j'entends, quelque considérable qu'on veuille le supposer, pourrait-il satisfaire aux exigences d'opérations aussi nombreuses, aussi réitérées? Il faut qu'il possède des ressources, qu'il offre des garanties d'une tout autre nature. Effectivement, sa fortune, sa véritable fortune, ce sont moins les écus qu'il a en caisse, les biens qu'il possède au soleil, que la confiance qu'il inspire, que le crédit dont il jouit. C'est là une propriété d'un genre à part, et, à vrai dire, c'est la plus respectable des propriétés; car, celle-là, ce n'est ni la naissance, ni le hasard qui la procure : c'est le travail, c'est l'industrie, c'est la probité, et pour l'obtenir il faut l'avoir méritée. Aussi, tant qu'il conserve son crédit, quelque diminution accidentelle que puisse éprouver son actif, le commerçant est riche, car il a à sa disposition le moyen de le devenir; il peut, chaque jour, se livrer à une foule d'opérations dont une seule, si elle réussit, suffira peut-être pour lui procurer des bénéfices considérables. Au contraire, s'il vient à perdre son crédit, conservât-il son actif, demeurât-il solvable, c'en est fait, il est privé du mobile même de son activité, du principe de son existence commerciale, et inévitablement condamné à faillir. Aussi, est-ce à constituer le crédit, à le consolider, à le développer et à le préserver de toute atteinte, que la loi commerciale s'est particulièrement attachée.

Passons rapidement en revue les divers moyens qu'elle a employés dans ce but.

D'abord, elle impose à tous les commerçants indistinctement l'obligation de tenir des livres et d'y inscrire, jour par jour, toutes leurs opérations, toutes leurs négociations, et généralement tout ce qu'ils reçoivent et paient, à quelque titre que ce soit.

Afin que tout commerçant puisse se rendre compte du résultat de ses opérations, savoir s'il est en bénéfices ou en perte, et par suite s'il doit étendre ou restreindre le cercle de son commerce, le continuer ou le cesser, la loi commerciale impose à tous les commerçants l'obligation de dresser chaque année un inventaire de leur actif mobilier, un état de leurs immeubles.

Elle leur prescrit également de donner de la publicité au régime qu'ils ont adopté dans leur contrat de mariage et aux jugements de séparation de corps et de biens qui les concernent, afin que les tiers, afin que le public en général ne soit pas induit en erreur sur les ressources pécuniaires des époux, sur les garanties qu'ils offrent.

Mais le législateur ne s'en est pas tenu à ces dispositions tutélaires ; et, pour mettre à la portée de tous les commerçants, surtout des plus petits, un moyen de crédit toujours présent, il a voulu que la contrainte par corps, qui n'est admise en droit civil qu'à titre d'exception, fût, au contraire, la règle générale en matière commerciale ; que la solidarité, qui n'est admise aussi en droit civil que dans des cas infiniment restreints, fût attachée de plein droit à la plupart des engagements commerciaux, et fût de l'essence même de quelques-uns de ces engagements.

Le législateur a poussé encore plus loin la prévoyance. Pour armer le crédit des commerçants d'un instrument énergique, il a créé deux puissants moteurs, les sociétés commerciales et la lettre de change.

Mal comprises, mal définies en droit romain et dans notre ancienne législation, fort rares, je dirais presque inconnues, dans la pratique civile, les sociétés jouent, au contraire, le plus grand rôle en matière commerciale. C'est que la loi commerciale seule a su, par les combinaisons diverses qu'elle a introduites ou sanctionnées, féconder le principe de l'association. Ainsi, par la forme *en nom collectif* elle a transféré à l'association elle-même le crédit de tous les associés et de chacun d'eux, elle l'a personnifié en quelque sorte dans un nom, dans une signature, en un mot, dans ce qu'on appelle la *raison sociale ;* car tout ce qui est

fait sous cette raison sociale est réputé fait par tous les associés et par chacun d'eux, ils en sont tous personnellement et solidairement responsables.

La forme *en commandite* nous montre l'union des personnes et des choses, l'alliance du capital et de l'industrie, de la responsabilité illimitée et de la responsabilité restreinte aux choses ou aux capitaux versés dans la société : combinaison ingénieuse, qui seule a appelé tous les capitaux, quelle qu'en soit l'origine ou la nature, civils ou commerciaux, français ou étrangers, à vivifier le commerce et l'industrie ; qui seule a permis à tous les propriétaires, peu jaloux de risquer leur fortune dans les hasards des spéculations commerciales, ou dépourvus de l'habileté nécessaire pour y réussir, de s'y intéresser néanmoins dans une juste mesure, en limitant leurs chances de perte à la somme par eux fixée d'avance (1).

Enfin la forme *anonyme*, en réduisant la société à une simple agrégation de capitaux, en en faisant une simple réunion de choses, de valeurs, en conférant à cette agrégation, avec le caractère de personne juridique, la capacité de s'obliger et d'obliger les tiers envers elle, a seule rendu possible, sans le secours du gouvernement et avec les capitaux fournis par des particuliers, l'exécution de grands travaux d'utilité publique, tels que la construction de ponts, de canaux, de chemins de fer. Mais, à raison même de l'absence de toute responsabilité personnelle, cette société ne peut s'établir qu'avec l'autorisation du gouvernement et après que les statuts en ont été vérifiés et approuvés par le conseil d'État, en assemblée générale.

Une dernière observation est nécessaire pour compléter cet aperçu des sociétés commerciales : c'est qu'elles constituent une sorte de pacte avec le public, et que par suite la publicité est prescrite de la manière la plus générale et la plus rigoureuse. Elle préside à toutes les phases de leur existence : elle préside à

(1) La *commandite par actions* a été réglementée par la loi du 17 juillet 1856, dont nous parlerons plus loin.

leur formation, à leur dissolution et aux modifications qu'elles peuvent recevoir pendant leur durée.

Voilà ce que le législateur a fait pour les sociétés.

Nous allons voir qu'il n'a pas été moins bien inspiré pour la lettre de change, ce titre essentiellement commercial, inconnu en droit civil, et dont aujourd'hui le commerce et l'industrie ne pourraient se passer.

Les lettres de change ont été inventées d'abord pour obvier aux inconvénients inséparables du transport matériel du numéraire. L'orateur du gouvernement au conseil d'État s'exprimait en ces termes :

« Le commerce est redevable à la lettre de change de la plus « grande partie de ses progrès et des immenses développements « qu'il a acquis depuis quelques siècles.

« Dans les temps mêmes où les peuples étaient parvenus à « donner aux métaux précieux la forme de monnaie, les frais « et les risques des transports indispensables pour solder au « dehors les achats ou les échanges lui imposaient de grandes « entraves dans l'intérieur, et le rendaient presque impraticable « avec l'étranger.

« La lettre de change a été inventée.

« Cet événement, qui forme dans l'histoire du commerce une « époque comparable à celle de la découverte de la boussole et « de l'Amérique, a fait disparaître toutes ces entraves. »

Mais, tout en conservant son caractère primitif et essentiel, la lettre de change en a revêtu un nouveau et non moins important : elle est devenue un papier de crédit, un effet de circulation, une espèce de monnaie qui, frappée au coin du commerce, passe librement de ville en ville, de place en place, de royaume en royaume, et se répand dans toutes les parties du monde civilisé, — à tel point qu'on peut le dire sans exagération, il existe aujourd'hui plus de valeurs en circulation sous la forme de lettres de change qu'il n'est sorti d'écus de tous les hôtels des monnaies. Disons plus, la véritable monnaie, la monnaie commerciale par excellence, celle qui par la multiplicité des services qu'elle rend

et la rapidité de la circulation, mérite le mieux ce nom de monnaie, ce n'est pas celle qui se frappe, c'est celle qu'émettent, sous la garantie de leur signature et sous la forme de papier de crédit, les huit cent mille patentés de la France.

Mais pour en venir là, combien n'a-t-il pas fallu s'écarter du droit commun, combien de dérogations n'a-t-il pas fallu y apporter? Je n'en citerai toutefois en ce moment qu'une seule : En droit civil, toute obligation doit être contractée au profit d'une personne dénommée ; et quand le créancier veut céder ses droits à un tiers, il faut, pour que la cession soit parfaite, qu'elle soit signifiée au débiteur cédé ou au moins acceptée par lui dans un acte authentique. C'était là une entrave, disons mieux, un obstacle insurmontable à la circulation. Eh bien ! le droit commercial a levé cet obstacle, a supprimé cette entrave, au moyen d'une clause, la *clause à ordre*, qui, insérée dans un titre quelconque, suffit pour rendre ce titre cessible en tout lieu, en tout temps, au profit de toute personne, et cela par une simple énonciation inscrite au dos de ce titre.

Un autre contrat essentiellement commercial, qui sans doute ne saurait être aucunement mis en parallèle avec la lettre de change comme moyen général de crédit, mais qui, comme moyen particulier de spéculation, ne le cède à aucun autre, c'est le contrat de *prêt à la grosse*. Ce contrat diffère à beaucoup d'égards du simple prêt, du prêt civil, mais notamment en ce que la somme prêtée a un emploi fixe, déterminé, dont elle ne saurait être détournée sans fraude ; en ce que les risques de cette somme ne passent pas à l'emprunteur, et restent à la charge du prêteur, qui, si le navire vient à périr, n'a rien à réclamer, mais, par compensation, peut, si le navire arrive à bon port, réclamer, à titre d'intérêts maritimes, à titre de profit nautique, 20, 30, 40 p. 0/0.

Le prêt à la grosse présente deux avantages sur l'assurance : le premier, en cas de perte, de libérer l'emprunteur; le second, de commencer par mettre à la disposition de l'emprunteur une somme d'argent, qui pourra être affectée par lui à la construction

même du navire, à l'achat des marchandises ou aux frais de l'expédition.

S'il y a une espèce de propriété qui influe puissamment sur le crédit de ceux à qui elle appartient, c'est, sans contredit, la propriété des *navires*. Les vastes proportions données aux vaisseaux modernes, pour les mettre en état de fournir des voyages de long cours, en ont fait des propriétés d'une importance immense : leurs vastes flancs contiennent des valeurs qui se comptent par millions. Aussi, le législateur commercial, tout en reconnaissant que les navires sont meubles, ne les a pas moins soumis à un droit de suite au profit des créanciers du vendeur, droit de suite qui ne cesse qu'en cas de vente en justice, ou, en cas de vente volontaire, lorsque le navire a fait un voyage en mer aux risques et sous le nom de l'acheteur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

Enfin, s'il est un événement qui porte une atteinte funeste au commerce, c'est manifestement la faillite ou cessation des paiements, qui non-seulement compromet les intérêts privés, mais quelquefois les intérêts publics, qui non-seulement ébranle le crédit privé, mais quelquefois le crédit général. Cet événement ne pouvait pas ne pas fixer l'attention du législateur du droit commercial : aussi y a-t-il consacré un livre tout entier et le plus long du Code de commerce, le livre III.

Je ne connais pas de matière plus vaste, plus intéressante et plus digne d'attention. Mais, en ce moment, il me suffira d'indiquer deux ou trois ordres de dispositions évidemment dictées par l'intérêt du crédit, par la nécessité d'assurer la sécurité des transactions commerciales.

Ainsi, pour maintenir l'égalité entre tous ceux qui sont intéressés dans ce désastre, qu'a fait le législateur ? Il a prononcé des nullités de plein droit, c'est-à-dire des nullités qui frappent certains actes par cela seul que ces actes ont eu lieu à une certaine époque, à une époque voisine de celle de la cessation des paiements, et qu'ils présentent un caractère, le caractère d'actes à titre gratuit, qui les rend justement suspects et dommageables

à la masse des créanciers. Il n'épargne même pas les actes à titre onéreux, lorsqu'ils sont postérieurs à la cessation des paiements et que les tiers qui ont contracté avec le débiteur avaient eu connaissance de cette cessation.

Mais il s'est particulièrement montré sévère à l'égard de deux espèces de créanciers, auxquels le droit civil est extrêmement favorable : je veux parler du vendeur et de la femme du failli.

En matière de faillite, le vendeur n'a ni privilége ni revendication, quoique le prix des marchandises vendues lui soit encore dû, une fois que ces marchandises sont entrées dans les magasins de l'acheteur, ou, ce qui revient au même, dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte de l'acheteur.

A l'égard de la femme, on ne s'est pas écarté d'une manière moins marquée du droit civil. En effet, quand le mari est en faillite, la femme ne peut réclamer aucun droit d'hypothèque sur les immeubles que le mari a acquis à titre onéreux depuis la célébration du mariage. On va même jusqu'à la priver des avantages que son mari peut lui avoir faits par son contrat de mariage.

Enfin le législateur n'a rien négligé pour moraliser la faillite; il s'est armé d'une juste sévérité contre les commerçants que l'ardeur immodérée du gain pousse dans une voie que la prudence ou la probité doit leur interdire. Ainsi, quand le commerçant a failli par imprudence, il est frappé de simples peines correctionnelles comme coupable de banqueroute simple ; quand il a commis des fraudes, il est passible de la peine des travaux forcés à temps comme coupable de banqueroute frauduleuse, et même, si c'est un agent de change ou un courtier, de la peine des travaux forcés à perpétuité.

Je pourrais indiquer encore une foule d'autres dérogations au droit civil ; mais j'ai hâte d'arriver à la seconde des conditions requises pour les opérations commerciales en général, la *célérité*.

Cette condition est de la plus haute importance : car dans le

commerce tout dépend de l'à-propos, de l'opportunité. Telle opération réussit, parce qu'elle est faite au moment convenable; telle autre échoue, parce qu'elle a été faite avant que ce moment fût arrivé ou lorsqu'il avait déjà fui. Il y a plus : la même opération peut être bonne ou mauvaise, suivant qu'elle a lieu tel jour ou tel autre, le matin ou le soir, à telle heure ou à telle autre, — si bien que du succès à l'insuccès, du gain à la perte, de la ruine à la fortune, il n'y a souvent que la différence d'un instant. Aussi, combien le droit commercial est-il plus simple, plus énergique, plus rapide que le droit civil! Et ce caractère de simplicité, d'énergie, de rapidité, nous le rencontrons non-seulement dans la formation des contrats, mais encore dans la manière de les constater et de juger les différends qu'ils font naître.

Plaçons-nous successivement à ces trois points de vue, et commençons par la formation des contrats.

Comment, en matière commerciale, se forment la plupart des engagements, et ordinairement les plus importants? Par la correspondance. Il suffit que du rapprochement de deux lettres résulte la preuve d'un accord de volontés pour que le contrat soit considéré comme formé. On va même quelquefois jusqu'à présumer le consentement. Ainsi, qu'un négociant reçoive une lettre contenant une offre : s'il ne répond pas dans le délai d'usage, il n'en faut pas davantage pour qu'il soit censé l'accepter, et son silence équivaut à une acceptation formelle.

Pour la lettre de change, que faut-il? quelques lignes, quelques mots tracés sur le papier. Et pour l'endossement? quelques mots inscrits au dos du titre ; et ces quelques mots ont toute la puissance de la cession civile elle-même et du cortége de formalités qui l'accompagne.

Cependant il y a une forme plus rapide encore, c'est la forme *au porteur*. Les titres au porteur ne contiennent, le mot lui-même l'indique, la désignation d'aucune personne. Aussi se transmettent-ils, comme des pièces de monnaie, de la main à la main, et par conséquent de la manière la plus rapide. Cette

forme de titre a un double avantage, l'avantage de la rapidité dans la circulation, et celui d'une transmission qui ne laisse aucune trace, aucun vestige. Voilà pourquoi elle est extrêmement recherchée par les spéculateurs, qui tiennent à perdre le moins de temps possible et surtout à rester inconnus. L'application qu'on en a faite aux actions des sociétés en commandite est une des causes qui ont le plus contribué au prodigieux accroissement que ces sociétés ont pris dans ces dernières années.

Voyez encore comment on procède en matière d'assurances : le courtier d'assurances, muni d'une police imprimée contenant les clauses générales, se met en quête de signataires, et, quand il en a trouvé un, il se borne à inscrire à la main son nom sur la police imprimée, y ajoute quelques énonciations, et voilà l'assurance formée.

On ne procède pas avec moins de célérité en matière de négociation des effets publics, de ces effets sur lesquels il se fait chaque jour à la Bourse des spéculations pour des sommes immenses. L'agent de change vendeur dit, à haute voix, sur le parquet de la Bourse : J'ai, ou je vends, tant de rentes à tel taux. L'agent de change acheteur dit : Je prends; et voilà le marché conclu. Il est inscrit aussitôt par chacun de ces agents sur son carnet, et le taux auquel il a été conclu est annoncé au public par la voix d'un crieur, car les effets publics ont le privilége d'être criés.

L'institution des Bourses de commerce elle-même est une cause de célérité. En effet, on le comprend, si dans les grandes places de commerce, comme Paris, Lyon, Bordeaux, les négociants ne pouvaient se voir qu'à domicile, si, pour traiter ensemble, ils étaient obligés de se rendre les uns chez les autres, il en résulterait une perte de temps infinie et des courses souvent inutiles. Voilà pourquoi ils se réunissent dans un lieu déterminé d'avance, à jour et heure fixes. Ce lieu est ce qu'on appelle *la Bourse de commerce* ou simplement *la Bourse*. Là on se rencontre sans se chercher, on se voit, on s'explique, et on

arrive ainsi, sans aucune perte de temps et en quelques instants, à conclure les plus grandes affaires.

Ce n'est pas tout : la Bourse est une espèce de terrain neutre, où des commerçants qui ne se soucieraient nullement de s'aboucher ailleurs entrent volontiers en pourparlers, et ne font aucune difficulté de conclure ensemble des affaires.

Mais il y a en droit commercial un contrat qui sert d'intermédiaire à tous les autres et qui contribue singulièrement à en accélérer la formation. Je veux parler du contrat de *commission*, et c'est ici que la pauvreté du droit civil et l'insuffisance de ses combinaisons va se montrer dans tout son jour. En effet, le seul intermédiaire connu en droit civil, c'est le mandataire. Le mandataire contracte pour le compte et au nom du mandant : par conséquent, il oblige le mandant et l'oblige seul, de sorte que, pour contracter avec un mandataire, il faut nécessairement prendre des informations sur le mandant, puisqu'on n'aura pour obligé que le mandant seul. Dès lors, si, comme il arrive presque toujours, le mandant ne se trouve pas dans le lieu où se forme le contrat, s'il y est inconnu, il y a là une cause extrêmement fâcheuse de retard. Au contraire, l'intermédiaire du droit commercial, le commissionnaire, contracte bien comme le mandataire pour le compte du commettant, mais il contracte *en son propre nom*, il s'oblige lui-même personnellement : par conséquent, pour contracter avec un commissionnaire on n'a nul besoin de s'enquérir de la solvabilité du commettant, puisqu'on aura pour obligé le commissionnaire lui-même. De là une cause manifeste de célérité.

Il y a notamment une classe de commissionnaires, les commissionnaires de transport, qui, en établissant des relations entre les lieux les plus éloignés, offrent cet avantage, qu'ils rapprochent, on peut même dire qu'ils comblent les distances, et c'est ici le lieu de mentionner les chemins de fer, la marine à vapeur, le télégraphe électrique, toutes ces inventions qui, marchant de concert, semblent inspirées par un seul et même besoin, le besoin de célérité, de vitesse. Oui, la célérité, la vitesse, c'est la

aujourd'hui que dans toutes les directions semblent se porter les plus puissants efforts de l'esprit humain. On dirait qu'il n'est occupé que d'une seule chose, exprimer sa pensée, la transmettre par les moyens les plus rapides, et l'exécuter par les moyens les plus énergiques.

Le droit commercial n'a pas été moins ami de la simplicité, de la célérité, pour la *constatation* des contrats que pour leur formation. Ainsi, en droit civil, pour constater les contrats synallagmatiques, il faut un acte fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. En droit commercial, cette formalité n'a jamais été requise. La preuve d'un contrat, même synallagmatique, se tire tout aussi bien d'un simple bordereau, d'une simple facture, d'un simple arrêté de compte, que d'un acte fait en double ou en triple original.

De même, en droit civil, pour la validité d'un billet ou simple promesse, il faut, outre la signature de l'obligé, que l'acte soit écrit en entier de sa main, ou bien que, outre sa signature, il y inscrive un *bon* ou *approuvé* contenant en toutes lettres la quantité de la chose due ou le montant de la somme due. En droit commercial, cette formalité n'est pas non plus requise, et la simple signature suffit pour obliger non-seulement le commerçant, mais le non-commerçant lui-même, qui, par occasion, accidentellement, fait un acte de commerce.

En troisième lieu, en droit civil, il n'est permis au juge de reconnaître à un acte sous seing privé date certaine à l'égard des tiers qu'autant que cet acte a été enregistré, ou bien qu'il a reçu date certaine par le décès de l'un des signataires, ou au moins que la substance en a été reproduite dans un acte authentique. En matière commerciale, il est permis aux juges, même en dehors de toutes ces conditions, de reconnaître à un acte une date certaine. Pourquoi? Parce que, si sages, si raisonnables que soient en elles-mêmes ces exigences du droit civil, elles n'en sont pas moins incompatibles avec la célérité qui doit présider aux opérations commerciales.

Enfin la preuve testimoniale est soumise en droit civil à une

foule de restrictions. En droit commercial, elle est constamment restée sans limites, à tel point qu'il est permis aux juges de l'admettre non-seulement outre le contenu aux actes, mais encore contre le contenu aux actes même authentiques. Pourquoi? Parce qu'en matière commerciale le plus grand des inconvénients, c'est la perte de temps, et que cet inconvénient a paru plus grave que tous ceux qui pourraient résulter de l'admission d'un genre de preuve quelconque.

Mais c'est par le jugement des contestations que le droit commercial présente le contraste le plus frappant avec le droit civil.

La loi commerciale a institué une juridiction spéciale pour le jugement de cette foule de contestations que fait naître le mouvement rapide et journalier des affaires. Cette juridiction est l'œuvre d'un génie puissant et éclairé, du chancelier de l'Hospital, qui, à une époque où le commerce était dans l'enfance, où le Gouvernement s'en occupait à peine, en avait compris toute l'importance, et avait en quelque sorte pressenti l'influence qu'il devait exercer sur la prospérité des Etats.

La juridiction commerciale est exercée par des commerçants qui sont élus par le commerce; leurs fonctions sont limitées à une assez courte durée et gratuites. Sous ce triple rapport, la juridiction commerciale diffère de la juridiction civile, qui, comme chacun le sait, est exercée par des magistrats institués par le chef du Gouvernement, nommés à vie et rétribués. — La juridiction commerciale ne diffère pas moins de la juridiction civile, quant aux formes et à la procédure : devant elle, les formes sont plus simples et la marche de la procédure rend tout plus rapide. C'est ici le lieu de citer ces paroles remarquables de Montesquieu :

« Les affaires de commerce sont très-peu susceptibles de for-
« malités. Ce sont des actions de chaque jour, que d'autres, de
« même nature, doivent suivre chaque jour; il faut donc
« qu'elles puissent être décidées chaque jour.

« Il en est autrement des actions de la vie qui influent beau-
« coup sur l'avenir, mais qui arrivent rarement. On ne se marie

« guère qu'une fois ; on ne fait pas tous les jours des donations « et des testaments ; on n'est majeur qu'une fois. — C'est pour- « quoi on a reconnu que la législation commerciale doit être basée « sur des principes particuliers, et qu'on lui a attribué des tri- « bunaux directs » (1).

Ces exemples suffisent pour montrer combien le législateur a favorisé la célérité des opérations commerciales.

Nous allons voir qu'il n'a pas veillé avec moins de sollicitude à la *sécurité* de ces opérations, et ici reviennent, sous un autre point de vue, les Bourses de commerce et les commissionnaires.

1° Les Bourses de commerce sont une source précieuse de sécurité. En effet, c'est à la Bourse, mieux que partout ailleurs, que les commerçants en général peuvent se procurer les renseignements dont ils ont besoin, connaître les nouvelles du jour, vraies ou fausses, les événements importants, le cours du change, des marchandises, des effets publics. Ces différents cours sont constatés chaque jour à l'issue de la Bourse sur un bulletin officiel qu'on appelle le *Bulletin de la Bourse*. Ils sont susceptibles de très-grandes variations, qu'on appelle vulgairement la *hausse* ou la *baisse*, et qui ont une importance considérable, puisqu'elles influent sur le taux des négociations dans toute la France, et non-seulement en France, mais à l'étranger. Aujourd'hui les Bourses de commerce des principales places sont, pour ainsi dire, solidaires les unes des autres. Ainsi la Bourse de Paris est solidaire de la Bourse de Londres, celle de Londres l'est de celle de Paris, et il ne se fait pas sentir un mouvement sur l'une de ces Bourses qu'il n'ait son contre-coup sur l'autre.

D'ailleurs, aux Bourses de commerce sont attachées deux classes distinctes d'officiers publics qui concourent aussi à la sécurité, à la sincérité des transactions : ce sont les agents de change et les courtiers. Les agents de change s'occupent spécialement de la négociation des effets publics et autres effets susceptibles

(1) Voyez ci-dessus, p. 11.

d'être cotés. Ils sont aussi chargés de faire, pour le compte d'autrui, la négociation de lettres de change, de billets et de tout papier commerçable; mais, en fait, les agents de change ne s'occupent en aucune façon des opérations de change, ni même, en général, de la négociation des actions des sociétés anonymes ou en commandite : ils ne s'occupent guère que des opérations sur la rente. — Les courtiers de commerce rapprochent les parties, les mettent en présence, leur fournissent des renseignements sur la valeur, sur le prix des marchandises, sur le plus ou moins de difficulté du placement, etc. En général, ils ont chez eux des échantillons de presque toutes les marchandises.

Ce n'est pas tout : dans le commerce, celui qui prend les devants, qui fait une offre, une proposition, a le désavantage, il a ce qu'on appelle le mauvais rôle. Eh bien! à la Bourse, cette inégalité disparaît : là toutes les demandes, toutes les offres sont réputées faites instantanément, inopinément, et par conséquent les contractants se trouvent entre eux sur le pied de la plus parfaite égalité.

2° Le commissionnaire, comme je l'ai déjà dit, contractant en son propre nom, est seul partie au contrat, y est seul dénommé. Le commettant n'y est pas partie, n'y figure pas, n'y est pas nommé : de là, l'avantage pour lui du secret, — avantage précieux, qui seul peut le mettre à l'abri des embûches que pourrait lui tendre une concurrence déloyale. De plus, les commissionnaires prennent souvent à leur charge les risques de l'insolvabilité de ceux avec lesquels ils contractent, moyennant, bien entendu, un droit de commission plus élevé; et il y a là, en même temps qu'un avantage pour le commissionnaire, un avantage pour le commettant, un surcroît de sécurité, puisqu'il n'aura pas à courir la chance de l'insolvabilité du débiteur. Cette convention accessoire, additionnelle au contrat de commission, s'appelle *ducroire*. Responsable des insolvabilités, le commissionnaire ne manque pas de faire une étude particulière de la situation des commerçants de la place où il est établi : il est en rapports journaliers avec eux, il connaît toutes leurs opérations,

leurs gains, leurs pertes; il suit, pour ainsi dire, jour par jour, les oscillations de leur crédit, et s'il s'aperçoit que pour l'un d'eux la catastrophe est imminente, il s'abstient de contracter, du moins il ne le fait qu'à bon escient, à des échéances rapprochées et moyennant des sûretés. Il y a donc là un gage de sécurité pour le commerce.

Mais de toutes les conceptions du génie commercial, celle qui a le plus manifestement contribué à la sécurité du commerce, c'est, sans contredit, le contrat d'assurance. Voici en quels termes en parlait l'orateur du Gouvernement au conseil d'Etat :

« Il est agréable de reposer un instant l'attention fatiguée sur « ce beau contrat, noble produit du génie et premier garant du « commerce maritime.

« Les chances de la navigation entravaient le commerce, le « système des assurances a paru : il a consulté les saisons, il a « porté son regard sur la mer, il a interrogé ce terrible élément, « il en a jugé l'inconstance, il a pressenti les orages; il a épié « la politique; il a reconnu les côtes et les ports des deux « mondes; il a tout soumis à des calculs savants, à des théories « approximatives, et il a dit au commerçant habile, au naviga- « teur intrépide : Certes, il y a des désastres sur lesquels l'hu- « manité ne peut que gémir; mais quant à votre fortune, allez, « franchissez les mers, déployez votre autorité et votre indus- « trie, je me charge de vos risques. Alors, messieurs, s'il est « permis de le dire, les quatre parties du monde se sont rappro- « chées. »

Un commentateur de l'Ordonnance de 1681, Estrangin, qui a fait des notes sur le *Traité des assurances* de Pothier, exprime en d'autres termes, mais en des termes non moins remarquables, la même idée. Voici quelques fragments de ce passage :

« Le contrat d'assurance est un des contrats les plus intéres- « sants que le génie de l'homme ait produits. Mis en usage « longtemps après tous les autres contrats maritimes, il s'est, « pour ainsi dire, élevé tout d'un coup au-dessus d'eux et a fixé

« l'attention par la profondeur de ses combinaisons, l'impor-
« tance de ses services, la beauté de ses règles et l'infinie variété
« des cas auxquels elles reçoivent leur application.

« Par l'invention de la boussole et la découverte du Nouveau
« Monde, l'Océan, qui avait été jusqu'alors une barrière insur-
« montable entre certains peuples, devenait pour eux un moyen
« actif de communication. Des pays nouveaux, offrant des pro-
« ductions jusqu'alors inconnues, des richesses de toute espèce,
« appelaient le commerce et excitaient les actives spéculations
« du négociant, les entreprises hardies du navigateur. Mais pour
« répondre à cet appel, il fallait des fonds considérables, il fallait
« exposer ces fonds sur des mers encore peu connues, et dans
« des expéditions lointaines et périlleuses.

« Les routes semblaient n'être ouvertes qu'à un excès de for-
« tune et d'audace.

« Mais le contrat d'assurance était là :

« Ne craignez rien, a dit l'assureur au négociant, construisez,
« armez des navires, chargez-les d'effets précieux, envoyez-les
« au-delà des mers : si la fureur des éléments, les écueils, les
« pirates, les guerres, contrarient votre navigation, je suis ici
« pour vous indemniser de vos pertes. »

Je n'ajouterai rien à ces grandes considérations sur le contrat d'assurance (1), et je signalerai, en finissant, une autre matière qui réclamait impérieusement des dérogations au droit commun, la durée des actions. La durée ordinaire des actions est de 30 ans; c'est le droit commun, la règle générale. Mais ce droit commun était manifestement inconciliable avec la plupart des engagements commerciaux, surtout de ceux qui résultent du contrat de société, de la lettre de change, du contrat à la grosse et du contrat d'assurance.

En effet, en matière de société, quand elle est en nom col-

(1) Ce n'est pas ici le lieu de parler des assurances terrestres, dont les règles ne sont écrites ni dans le Code de commerce ni dans aucune autre loi.

lectif, tous les associés sont personnellement et solidairement responsables de tous les engagements sociaux; et quand la société est en commandite, il y a au moins un ou plusieurs des associés qui sont soumis à cette responsabilité. Comment dès lors aurait-on trouvé des gens assez téméraires pour s'engager dans une société semblable, si cette responsabilité exorbitante avait dû se prolonger 30 ans après la dissolution de la société?

Voilà pourquoi on l'a restreinte à la durée de cinq ans à partir de la dissolution de la société; et cette restriction profite non-seulement aux associés eux-mêmes, mais encore à leurs veuves, héritiers ou ayant-cause.

De même, en matière de lettre de change, tous les signataires, commerçants ou non, quelle que soit la cause pour laquelle ils ont apposé leur signature sur ce titre, sont soumis à la juridiction commerciale, à la contrainte par corps, à la solidarité. Comment, dès lors, si on avait été soumis pendant 30 ans à partir de l'échéance à ces rigueurs exorbitantes, la lettre de change aurait-elle pu conserver la faveur qui lui est nécessaire pour circuler? Aussi a-t-on sagement restreint à cinq ans la durée de toutes les actions qui résultent de la lettre de change.

De même, le contrat à la grosse et le contrat d'assurance sont des contrats essentiellement aléatoires, qui s'exercent sur une vaste échelle, qui portent sur des valeurs considérables et soumettent à des risques immenses. Comment donc aurait-on pu se livrer avec sécurité à ces sortes d'opérations, si on avait été soumis pendant 30 ans à la responsabilité de semblables risques? Voilà pourquoi, en matière d'assurance et de contrat à la grosse, les actions sont limitées à la durée de cinq ans. Et il y a même cela de particulièrement remarquable ici, que cette prescription court, non pas, comme la prescription en général, du jour de l'échéance, mais du jour même du contrat.

Voilà l'espèce de synthèse que je m'étais proposé de présenter ici. Elle a dû, ce me semble, suffire pour montrer que la

législation commerciale n'a rien négligé pour assurer le développement du crédit, la rapidité de la circulation et la sécurité des transactions, ces éléments vitaux du commerce, qui à son tour contribue si puissamment, et aujourd'hui plus que jamais, à la richesse, à la grandeur et à la prospérité des États.

LIVRE PREMIER.

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

TITRE Ier.

DES COMMERÇANTS.

La première question qui naturellement devait se présenter à l'esprit du législateur est celle-ci : Qui est commerçant ? Comment distinguer le commerçant du non-commerçant ? A quels signes, à quels indices reconnaîtra-t-on le commerçant ?

L'art. 1er répond en ces termes : « Sont commerçants ceux « qui exercent des actes de commerce et en font leur profession « habituelle. »

Sont commerçants : cette expression est très-générale ; elle s'applique non-seulement aux commerçants en gros, mais encore aux commerçants en détail ; c'est-à-dire que la disposition embrasse tous ceux qui revendent, par fortes ou par petites parties, mais sous la même forme, les denrées ou marchandises qu'ils ont achetées dans ce but ; et aussi les *manufacturiers* qui transforment en objets nouveaux les matières premières, soit qu'ils les aient achetées, soit qu'ils les aient tirées de leur propre fonds, — les *commissionnaires*, ces intermédiaires qui contractent pour le compte d'autrui, mais en leur propre nom, et s'obligent personnellement, — les *banquiers*, qui font le trafic de l'argent et du papier de crédit, lettres de change ou billets à ordre, qui donnent des lettres de change pour de l'argent, de l'argent pour des lettres de change, — les *assureurs*, qui, moyennant une somme

appelée *prime*, prennent à leur charge les risques de terre ou de mer, — les *armateurs*, et, en général, tous ceux qui entreprennent des expéditions maritimes, — enfin les *agents de change* et les *courtiers*, qui, bien qu'officiers publics et nommés par le chef de l'État, n'en sont pas moins commerçants, parce qu'ils servent d'intermédiaires pour les actes de commerce, et d'intermédiaires non pas seulement officiels, mais intéressés.

Ainsi l'expression *commerçant* est très-large : elle comprend tous ceux qui se livrent à l'exercice du commerce et en font leur profession, aussi bien les plus humbles que les plus élevés, aussi bien ceux qui sont au sommet que ceux qui sont au dernier degré de l'échelle.

Toutefois, il importe de remarquer qu'il se trouve, tant dans le Code de commerce que dans le Code Napoléon, des articles où sont employées (indifféremment, et même cumulativement) les expressions *commerçants*, *marchands*, *négociants ;* et dans la pratique on attache quelquefois des acceptions, ou au moins des nuances différentes à chacune de ces dénominations. Mais en droit elles sont complétement synonymes, et, pas plus sous le rapport de la dénomination, que sous le rapport des droits et des charges, la loi commerciale n'admet de distinction entre les commerçants. Devant elle ils sont tous égaux, comme les citoyens le sont tous devant la loi civile. Ainsi, identité de noms, égalité de droits, égalité de charges, tel est tout à la fois le principe fondamental du droit civil et du droit commercial.

Cela posé, voyons à quelles conditions est subordonnée l'acquisition de la qualité de commerçant. Cette qualité suppose trois conditions, dont le concours est indispensable pour la constituer ; ce sont : 1° l'exercice d'actes de commerce ; 2° l'exercice habituel de ces actes ; 3° l'exercice professionnel.

Je vais reprendre ces différentes conditions, et les expliquer l'une après l'autre :

Je commence par l'exercice d'actes de commerce. Que faut-il entendre par ces mots : *exercer des actes de commerce* ? — Il y a

dans le Code de commerce un livre (c'est le liv. IV), consacré à la juridiction commerciale, et dans ce livre se trouve un Titre (c'est le Titre II) sur la compétence des tribunaux de commerce. — Ce Titre contient une nomenclature des actes qui, en eux-mêmes, et quelle que soit la personne de qui ils émanent, sont réputés commerciaux : faire un acte de commerce, c'est donc faire un des actes compris dans cette nomenclature.

Il serait prématuré d'entrer dans des explications détaillées sur les actes de commerce. Ce serait prématuré; mais je ne puis me dispenser d'en dire, dès à présent, au moins quelques mots.

Un caractère commun à tous les actes de commerce, à tous sans exception, c'est d'être *à titre onéreux*, ou, en d'autres termes, *intéressés*. Il n'y a rien de plus opposé en soi que la commercialité et la gratuité : là où l'une se rencontre, l'autre ne saurait exister. — On ne peut donc reconnaître à aucun acte à titre gratuit ou de bienfaisance le caractère d'acte de commerce. Ces deux caractères s'excluent, ils sont incompatibles.

Un second caractère commun à tous les actes de commerce, c'est d'avoir pour objet des choses mobilières : tout ce qui est immeuble est hors du commerce, est dépourvu des éléments constitutifs des actes de commerce. En effet, les immeubles ne comportent ni dans leur évaluation, ni dans les conditions et le mode de leur transmission, cette simplicité, cette promptitude, et ces facilités qui font qu'une chose passe instantanément, sans entraves et presque sans formalités, de mains en mains ; en un mot, qu'elle *circule*. En d'autres termes, les immeubles ne sont pas susceptibles d'un prix courant. Comme l'a dit la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juin 1850, ces sortes de biens résistent, par leur nature, aux conditions sous lesquelles une chose peut être réputée *marchandise* (1).

(1) Voici le texte de cette importante décision :

« Attendu que l'un des éléments constitutifs des actes de commerce, « tels que les définit la loi, est précisément la nature même de la chose « qui fait l'objet de l'agissement; que si, dans l'énumération des choses « qui sont indiquées comme éléments constitutifs de l'acte de commerce,

Un troisième caractère, commun, celui-là, non pas à tous les actes de commerce, mais à la plupart de ces actes, c'est d'être des *actes de spéculation;* et, comme cette expression est fort usitée, qu'elle revient souvent, non-seulement à la Bourse et au Palais, mais encore dans le monde, il importe d'en bien comprendre la véritable signification.

Une spéculation est une opération complexe, qui se compose de deux opérations distinctes, mais portant sur le même objet et faites en vue l'une de l'autre, destinées à se balancer par une perte qu'on se promet toujours d'éviter, ou par un bénéfice qu'on se flatte toujours de réaliser et dont la perspective est la cause déterminante de l'opération. Pour rendre ce principe plus clair, je vais en faire l'application à quelques cas particuliers. Supposons que quelqu'un ait acheté dans une foire, dans un marché ou chez un marchand, un objet mobilier: aura-t-il fait, dans cet achat, un acte de commerce ? Il faut distinguer. S'il a acheté cet objet pour le revendre, pour faire un bénéfice sur le prix de la revente, il a spéculé : partant, il a fait un acte de commerce. Au contraire, s'il a acheté cet objet pour son usage personnel ou celui de sa famille, il n'a pas spéculé, il n'a rien fait de commercial; et l'achat ne deviendrait pas commercial,

« les art. 632 et 633 du Code de commerce ne sont pas limitatifs, il est « manifeste, néanmoins, que les dispositions de ces articles ne peuvent être « étendues, par analogie, qu'à des choses de même nature que celles qui « s'y trouvent énoncées; que le caractère essentiellement mobilier de ces « choses exclut nécessairement de l'extension permise les biens-fonds et « les immeubles; que ces sortes de biens, en effet, résistent par leur nature « aux conditions sous lesquelles une chose peut être réputée marchandise; « qu'ils ne comportent, ni dans leur transmission, ni dans leur évaluation à « un prix déterminé, ni dans leurs produits ou mode de jouissance et de « consommation, la rapidité, la simplicité et les facilités que requiert le « négoce, et qui font qu'une chose passe sans entraves et presque sans for- « malités de main en main, avec une valeur rigoureusement appréciable « et un prix courant, qui la suit toujours et la remplace au besoin. Que, « par suite, l'arrêt attaqué, en décidant comme il l'a fait, que le fait « d'acheter des immeubles pour les revendre ne constitue pas un acte de « commerce, loin d'avoir contrevenu à la loi, en a fait, au contraire, une « juste application. » (Dev. - Car., 50, 1, 593.)

quand même l'acheteur aurait revendu l'objet par lui acheté, soit par esprit d'inconstance, soit parce qu'il n'en aurait pas été satisfait, soit parce qu'il aurait trouvé à s'en défaire avantageusement. Dans ce cas, en effet, il y aurait bien deux opérations successives, relatives toutes les deux à la même chose ; mais elles n'auraient pas été déterminées l'une par l'autre, faites en vue l'une de l'autre : par conséquent, chacune d'elles conserverait le caractère qui lui est propre d'acte purement civil.

En second lieu, quand même les deux opérations seraient faites en vue l'une de l'autre, il n'y aurait pas acte de commerce si elles ne portaient pas sur le même objet. Ainsi, par exemple, quand un propriétaire achète des bestiaux, non pour les revendre, mais pour en vendre les produits, il ne fait pas acte de commerce. Si donc il a acheté des vaches pour en vendre le lait, des moutons pour en vendre la laine et le croît, des abeilles pour en vendre la cire et le miel, il n'a rien fait de commercial. Pourquoi ? Parce que, bien qu'il y ait là deux opérations faites en vue l'une de l'autre, elles ne portent pas sur la même chose. Ce qu'il a acheté (les animaux) n'est pas ce qu'il se propose de vendre, et ce qu'il se propose de vendre, c'est-à-dire le lait, la laine, le miel ou la cire, n'est pas ce qu'il a acheté : il n'y a donc pas identité d'objet pour l'achat et pour la vente, donc pas d'acte de commerce, — tandis que, si l'on achetait des bestiaux, de la laine ou du miel pour les revendre, on ferait évidemment un acte de commerce.

Lors même que les deux opérations auraient été faites en vue l'une de l'autre, et porteraient sur le même objet, il n'y aurait pas acte de commerce si l'on n'avait pas agi en vue d'un bénéfice à retirer de cet objet même, à réaliser au moyen de la revente qu'on se proposerait d'en faire. Ainsi, par exemple, le propriétaire de vignes qui achète des tonneaux pour y mettre son vin et le vendre en pièces, ne fait pas acte de commerce en achetant ces tonneaux : car il ne se propose pas de faire un bénéfice sur la revente des tonneaux, il se propose de se défaire plus commodément et plus avantageusement de son vin, qu'il n'a pas

acheté, mais qu'il a récolté. L'achat des tonneaux n'a donc pas eu lieu en vue de la revente des tonneaux, par spéculation, mais en vue de la vente du vin récolté, dans un but par conséquent essentiellement civil : partant, pas d'acte de commerce.

Voici un autre exemple qui se rattache au même ordre d'idées. Un peintre achète une toile, des pinceaux, des couleurs, pour peindre un tableau qu'il se propose de vendre : fait-il un acte de commerce dans l'achat de cette toile, de ces couleurs? Nullement : car ce qu'il se propose de vendre, ce ne sont pas la toile et les couleurs, c'est le tableau qu'il a créé et non pas acheté : c'est une œuvre d'art, dont la toile et les couleurs ne sont qu'un moyen d'exécution.

Au contraire, le peintre en bâtiments qui achète des couleurs pour l'exercice de son industrie, fait un acte de commerce : car il spécule sur la revente des couleurs, auxquelles il fera simplement subir un changement qui n'en altère pas essentiellement la nature et n'ajoute guère à leur valeur. Il n'y a pas là une œuvre d'art, il y a une opération industrielle ou mercantile, et partant un acte de commerce.

Je puis citer encore l'exemple de l'artisan et du manufacturier, qui rentre dans le même ordre d'idées. Un simple artisan achète des matières premières pour les travailler et les vendre sous une forme nouvelle. Fait-il en cela un acte de commerce? Nullement, car il ne spécule pas sur la revente de ces matières; ce ne sont pour lui que des éléments nécessaires à l'exercice de son industrie, industrie restreinte, individuelle; les bénéfices qu'il peut faire résultent bien moins de la revente de la matière première que de la forme nouvelle qu'il a su leur donner, en un mot, de son industrie dont les matières premières ne sont que l'aliment. — Au contraire, l'entrepreneur qui réunit un certain nombre d'ouvriers, et les emploie à mettre en œuvre les matières premières qu'il leur fournit, fait une opération commerciale : car il spécule sur le travail des ouvriers qu'il loue, sur la main-d'œuvre, sur la transformation qu'elle fait subir à la matière première, et sur la plus-value qui en résulte : il veut réaliser

un bénéfice sur cette plus-value, et partant c'est un spéculateur, un commerçant.

Je citerai un dernier exemple, et qui est plus frappant encore. Un dissipateur veut se procurer de l'argent à tout prix : il s'adresse à un usurier, et celui-ci, aujourd'hui, comme du temps de Molière, ne manque pas d'alléguer qu'il n'a qu'une partie de la somme qu'on lui demande, et pour le surplus il offre de céder des marchandises qu'il estime à un prix de beaucoup supérieur à leur valeur, en indiquant un tiers comme disposé à les acheter et à les payer comptant, pourvu qu'un sacrifice soit consenti à son profit. L'emprunteur, pressé de recevoir les fonds, accepte tout, et vend avec perte de moitié, et souvent même des trois quarts, les marchandises qu'on lui a livrées, et pour le paiement desquelles on a eu soin (c'est ce qui arrive presque toujours) de lui faire souscrire une lettre de change. A-t-il fait, en prenant ces marchandises, avec l'intention de les revendre, un acte de commerce? — Non, assurément : car il n'y a pas là de sa part un acte de spéculation, un bénéfice en perspective, il y a tout le contraire, une perte certaine, un acte de dissipation.

Je n'ajouterai pas d'autres exemples à ceux que je viens de citer; mais je les ferai suivre de deux observations qui ont leur importance.

La première, c'est qu'un acte (et cela résulte de ce que je viens de dire) peut être commercial à l'égard de l'une des parties, et ne pas l'être à l'égard de l'autre, parce qu'il constitue une spéculation de la part de l'une et n'en constitue pas de la part de l'autre. Supposons, par exemple, qu'un marchand de vins achète la récolte d'un propriétaire de vignobles. Il fait évidemment un acte de commerce : car il spécule sur la revente de ce vin; il se propose de réaliser un bénéfice, par la différence du prix auquel il a acheté et de celui auquel il revendra. Mais le propriétaire, lui, ne fait pas un acte de commerce : il n'y a là de sa part qu'un acte de gestion, d'administration de son patrimoine, acte purement civil.

De même, le peintre qui vend à un marchand d'estampes un

tableau de sa composition est comme le propriétaire qui vend des produits de son cru : il ne fait pas plus que lui d'acte de commerce. Mais le marchand d'estampes, lui, en fait un : car il n'achète ce tableau que pour le revendre; il spécule sur la revente, dont il espère retirer un bénéfice.

La seconde observation que j'ai à présenter, c'est que, par exception, certains actes, quand même ils seraient indépendants de toute vue de spéculation, constituent par eux-mêmes, et à l'égard de toute personne, des actes de commerce : ils *sont réputés* actes de commerce, car c'est une *fiction*. — Telles sont, notamment, les lettres de change : quiconque, fût-ce un non-commerçant, souscrit une lettre de change, y appose sa signature, pour une cause quelconque, cette cause fût-elle entièrement étrangère au commerce, fût-ce pour l'acquittement d'une dette purement civile, en paiement des fournitures à lui faites pour son usage personnel, est réputé par cela même, par cela seul, faire un acte de commerce et se rend justiciable du tribunal de commerce.

Voilà ce que j'avais à dire sur la première des conditions requises pour constituer la qualité de commerçant, *l'exercice d'actes de commerce*.

Je passe à la seconde : *l'habitude, l'exercice habituel*. Des actes de commerce, isolés, accidentels, faits par occasion, de loin en loin, ne suffiraient pas pour rendre commerçant celui qui les aurait faits; il faut qu'ils soient assez fréquents, assez réitérés, assez rapprochés surtout, pour constituer ce qu'on appelle *l'habitude*. L'article 1[er] l'exige, en ces termes : « Sont commerçants « ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur « profession *habituelle*. »

Et c'est ici le lieu de signaler une distinction essentielle. Il faut bien se garder de confondre le simple justiciable du tribunal de commerce, et le commerçant. — Celui qui fait un acte de commerce, qui, par exemple, souscrit une lettre de change, qui l'accepte ou l'endosse, devient justiciable du tribunal de commerce. Mais il n'est pas pour cela commerçant : il ne participe

ni aux prérogatives ni aux charges attachées à cette qualité; tout ce qu'il a de commun avec le commerçant, c'est d'être soumis comme lui à la juridiction commerciale, d'être passible d'une action commerciale,— et encore n'est-ce pas d'une manière générale, mais d'une manière spéciale, restreinte, seulement pour l'acte de commerce ou pour les actes de commerce isolés qu'il peut avoir faits. Pour tout le reste, il demeure sous l'empire du droit civil, et ne diffère en rien des non-commerçants.

Reste à savoir comment ce fait de l'habitude s'établira. Il s'établira comme on établit, en droit civil, qu'on a son domicile de fait et non de droit dans un tel lieu, que telle personne a fait acte d'héritier, etc.; les tribunaux auront à cet égard un pouvoir discrétionnaire illimité, et ils pourront admettre toute espèce de moyens de preuve, la preuve testimoniale, même de simples présomptions, telles que la fréquentation habituelle de la Bourse et autres réunions de commerçants. — En un mot, ce sera aux tribunaux qu'il appartiendra de décider, comme des jurés en quelque sorte, en leur âme et conscience, d'après les circonstances, si ce fait de l'habitude, fait essentiel, indispensable, existe ou non; et, comme ce sera là une simple appréciation de fait, leur décision, quelle qu'elle soit, échappera nécessairement à la censure de la Cour de cassation.

— Pour être considérés comme des éléments constitutifs de la qualité de commerçant, ne faudra-t-il pas que les actes soient non-seulement *habituels*, mais encore *notoires*? Si, au lieu de se passer au grand jour, ils n'avaient eu lieu que d'une manière occulte, et en quelque sorte clandestine, pourrait-on encore y avoir égard? On le pourrait : car l'absence de notoriété ne saurait enlever à ces faits le caractère qui leur est propre, qui est inhérent à leur nature. — Aussi, lors de la discussion du Code de commerce, retrancha-t-on le mot *notoirement* qui se trouvait dans le projet, après les mots : Ceux qui exercent des actes de commerce. Ce retranchement fut effectué par le motif que je viens d'indiquer.

Ce n'est pas que la notoriété soit sans importance. Bien loin

de là, elle en a, au contraire, une très-grande, du moins en ce qui concerne la preuve : car, si les actes sont notoires, rien ne sera plus facile que de les prouver, que d'en établir l'existence ; tandis que, s'ils ont été faits clandestinement, dans l'ombre en quelque sorte, la preuve sera entourée de mille difficultés. Mais si l'existence en est prouvée, ils seront tout aussi valables, et produiront les mêmes effets, que s'ils avaient été entourés de la plus grande notoriété.

La notoriété n'est donc pas requise ; il suffit que l'habitude existe.

Mais des faits, même habituels, ne suffiraient pas pour engendrer la qualité de commerçant, s'ils n'étaient en même temps *professionnels,* et j'arrive ici à la troisième des conditions requises, *la profession ;* c'est une condition fondamentale, qui demande à être étudiée avec soin.

L'habitude est insuffisante sans la profession. Supposons qu'un homme ait la fantaisie de régler toutes ses affaires par lettres de change ; que, pour le recouvrement de ses revenus en province, il tire des lettres de change sur ses fermiers ; que, pour solder les achats qu'il fait, il souscrive des lettres de change, en un mot qu'il ne connaisse et n'emploie d'autre monnaie que la lettre de change. Certes, il fait chaque jour, à chaque instant, des actes de commerce ; il en fait autant qu'il souscrit de lettres de change, puisque la lettre de change constitue par elle-même un acte de commerce : sera-t-il commerçant? En aucune façon : car ces actes de commerce, quelque nombreux qu'ils soient, il les fait non pour spéculer, pour bénéficier, mais uniquement pour satisfaire son caprice ou sa fantaisie, — non avec toute personne et dans un intérêt qui lui est commun avec d'autres, mais dans son propre intérêt bien ou mal entendu et avec un petit nombre de personnes déterminées. — Il y a donc là absence de tous les éléments qui peuvent constituer une profession.

Au contraire, les banquiers, qui ne font guère que tirer, ac-

cepter ou endosser des lettres de change ou des billets à ordre, sont essentiellement commerçants. — Pourquoi? Parce que cette émission de papiers de crédit n'est de leur part qu'une occasion de lucre, qu'un moyen de spéculation, la conséquence de relations établies et suivies avec le public, — en un mot, l'exercice d'une profession.

En sens inverse, il y a certains comptables de deniers publics, les receveurs généraux et particuliers des finances, qui, pour opérer leurs rentrées, effectuer leurs versements, ont habituellement recours à des opérations de banque et de change; et, bien que ces comptables soient, pour les lettres de change et les billets à ordre qu'ils souscrivent, et même, par une rigueur exceptionnelle, pour leurs simples billets, justiciables du tribunal de commerce, ils ne sont pas le moins du monde commerçants. Pourquoi? Parce que ces actes ne sont de leur part qu'une conséquence de leurs fonctions, une nécessité du service public dont ils sont chargés, et que ce service et ces fonctions ont un caractère essentiellement civil, purement administratif, et nullement commercial.

— Ici se présente une question qui a été pendant longtemps assez vivement controversée. Pourrait-on reconnaître la qualité de commerçant à une personne qui serait investie d'une fonction publique, incompatible en elle-même avec l'exercice du commerce, par exemple à un receveur général ou particulier des finances, à un avoué, à un notaire? Cette question s'est élevée souvent dans la pratique, trop souvent même; car c'est à l'occasion de faits déplorables. On a vu des notaires détourner les fonds qui leur avaient été confiés par leurs clients, les perdre dans des opérations commerciales, le plus souvent dans des jeux de Bourse. Alors on s'est demandé si ces notaires pouvaient être poursuivis et condamnés comme banqueroutiers simples ou frauduleux. — La question revenait à celle-ci : Sont-ils commerçants? car pour être banqueroutier il faut d'abord nécessairement être failli, et pour être failli il faut être commerçant; les commerçants seuls peuvent tomber en fail-

lite. Or, on soutenait que la qualité de commerçant était exclue par la qualité ostensible, publique, de notaire, qu'elle ne pouvait coexister avec cette dernière, et que dès lors il y avait impossibilité légale d'appliquer à ces notaires la peine de la banqueroute simple, et, à plus forte raison, celle de la banqueroute frauduleuse.

Mais c'était là une confusion d'idées. En effet, que ces notaires eussent dû s'abstenir de se livrer à des opérations commerciales, rien de plus évident; qu'en s'y livrant, ils eussent contrevenu au premier devoir de leur profession, rien de moins contestable, assurément. Mais en quoi cette infraction à un devoir professionnel pouvait-elle les excuser, les justifier? Tout au contraire, elle les accusait, elle les condamnait; c'était une circonstance aggravante et non pas une circonstance atténuante. — D'ailleurs, cette circonstance ne pouvait évidemment pas les affranchir des conséquences dérivant de la nature des actes qu'ils avaient faits : car, du moment qu'ils s'étaient livrés habituellement à des opérations commerciales, qu'ils y avaient consacré leur temps, leurs capitaux, qu'ils en avaient fait leur véritable profession, il n'était pas possible aux tribunaux, qui doivent qualifier les faits d'une manière conforme à la vérité, de ne pas déclarer que ces notaires étaient commerçants et de ne pas les traiter comme tels.

Aussi la question a-t-elle été résolue dans ce sens par la jurisprudence, qui est désormais fixée par un arrêt de la Cour de cassation du 9 août 1849, dont voici le texte :

« Attendu que l'arrêt attaqué a constaté, en fait, que le de-
« mandeur se livrait habituellement à des actes dont les uns, aux
« termes de l'art. 632 du Code de commerce, étaient essentiel-
« lement commerciaux de leur nature, et dont les autres pou-
« vaient être considérés comme tels à raison des circonstances
« dans lesquelles ils auraient eu lieu; et qu'en se fondant sur
« cette constatation de fait pour déclarer que, malgré sa qualité
« ostensible de notaire, le demandeur exerçait *réellement* la pro-
« fession de commerçant, la Cour d'appel de Douai s'est exacte-

« ment conformée au principe établi par l'art. 1er du Code de « commerce, et n'a fait qu'user du droit qui lui appartenait « d'apprécier souverainement les faits de la cause; que, dès « lors, son arrêt ne peut à cet égard donner ouverture à cas- « sation » (1).

Quant à moi, non-seulement j'approuve cette décision, mais je m'étonne que la question ait été portée jusque devant la Cour de cassation, et qu'il ait fallu l'intervention de cette Cour pour la trancher définitivement: car elle avait déjà été prévue et résolue lors de la rédaction du Code de commerce.

L'art. 1er portait, en effet : « Sont commerçants ceux qui « exercent des actes de commerce et en font leur profession *prin-* « *cipale*. » Ce mot *principale* fut retranché dans la discussion, afin d'empêcher qu'on ne pût, à l'aide d'une profession publique, ostensible et non commerciale, exercer réellement le commerce sans en assumer la responsabilité, sans subir les conséquences qu'il entraîne. La question ne pouvait donc pas recevoir une autre solution que celle qu'elle a reçue. Si elle a été soulevée, ce n'a pu être qu'à raison de l'importance qu'elle présente et du grand intérêt qui s'y rattachait.

— Je passe à une autre question, qui offre plus de difficulté. L'habitude sans la profession n'est rien; mais la profession ne peut-elle engendrer la qualité de commerçant qu'autant qu'il s'y joint le fait de l'habitude? Supposons qu'une personne ait manifesté l'intention d'exercer la profession du commerce, qu'elle ait ouvert un magasin, lancé des circulaires, inséré des annonces dans les journaux, fait appel par toutes les voies de publicité à la confiance générale; mais qu'avant d'avoir fait un assez grand nombre d'actes de commerce, pour qu'on puisse dire qu'il y a exercice *habituel* de ces actes, elle vienne à cesser ses paiements: pourra-t-on la déclarer en faillite? En d'autres termes, pourra-t-on la considérer comme commerçante?

(1) Dev.-Car., 49, 1, 617.

Quelle est la raison de douter? — Ce sont les termes de l'art. 1^er^ du Code de commerce, d'après lesquels les actes de commerce ne produisent la qualité de commerçant qu'autant qu'ils sont *habituels*, qu'il y a profession *habituelle* de ces actes; or, dans l'espèce, il est constant, je le suppose, que le fait de l'habitude manque: dès lors, comment la qualité de commerçant pourrait-elle exister, si l'on tient compte de l'art. 1^er^? — C'est là, je l'ai dit, la raison de douter. Mais voici la raison de décider. — En France, aujourd'hui, le commerce est libre, accessible à tous; est commerçant qui veut: en conséquence, pour être commerçant, ne suffit-il pas de le vouloir et d'en manifester clairement l'intention? Or, celui qui a fait les actes que je supposais tout à l'heure n'a-t-il pas manifesté cette intention de la manière la plus patente, la plus formelle? dès lors en faut-il davantage pour qu'il soit devenu commerçant, et qu'il doive être déclaré tel?

Mais il reste à concilier cette doctrine avec les termes de l'article, qui peut, au premier abord, y paraître tout à fait contraire. La conciliation est facile. Que s'est-on proposé dans l'art. 1^er^? On a voulu fournir un moyen de reconnaître l'intention quand elle serait douteuse, contestable. Mais quand elle est patente, qu'elle a été publiquement manifestée, que faut-il de plus? — Est-il besoin de recourir à des présomptions là où il y a certitude, à des indices là où il y a évidence?

Ceci m'amène à établir une distinction fondamentale entre deux espèces d'actes de commerce que l'on confond trop souvent, dont les conséquences sont cependant fort différentes, je dirai même opposées, savoir: les *simples actes* de commerce, les *simples engagements*, et les *établissements* de commerce. Aux simples actes de commerce s'applique l'art. 1^er^. Ce sont des pactes particuliers: ils ne peuvent produire la qualité de commerçant qu'autant qu'ils sont tellement fréquents, tellement réitérés, tellement rapprochés, qu'ils constituent l'habitude, et qu'il vient s'y joindre la profession. — Mais les établissements de commerce sont un pacte avec le public tout entier; c'est la

déclaration solennelle qu'on veut être commerçant, et par elle-même, par elle seule, elle constitue cette qualité (1).

Nous venons de voir comment on pourra distinguer les commerçants des non-commerçants, établir entre eux une ligne de démarcation.

Voyons maintenant quelle est l'importance de cette distinction.

Dans toute notre législation, il n'en est peut-être pas de plus importante, non-seulement au point de vue théorique et doctrinal, mais encore au point de vue usuel et pratique.

En effet, la condition des commerçants diffère, à beaucoup d'égards, et *profondément*, de celle des non-commerçants.

En premier lieu, les commerçants ont des prérogatives qui n'appartiennent qu'à eux seuls : ainsi, ils peuvent élire eux-mêmes les juges de commerce et être appelés à en faire partie. Ils ont le privilége d'être jugés par leurs pairs, par des commerçants comme eux, et élus par eux. — En second lieu, ils jouissent de certaines immunités juridiques, que j'ai déjà indiquées en partie. Pour la constatation des contrats synallagmatiques qu'ils forment, ils sont affranchis des formalités exigées par le droit civil, de la formalité des *doubles* (C. Nap., art. 1325) ; ils sont affranchis, pour la validité des simples billets qu'ils souscrivent, de la formalité du *bon* ou *approuvé*, exigée par le droit civil (art. 1326) toutes les fois que le titre n'est pas écrit en entier de la main de

(1) Sur cette question, MM. Delamarre et Lepoitvin (*Traité de droit commercial*, t. I, n° 39, p. 85 et suiv.) enseignent l'opinion contraire. Leur raisonnement se borne à ceci : « L'état de commerçant n'existe pas *in naturâ rerum*, il n'existe qu'en vertu de la loi, c'est-à-dire en vertu de l'art. 1er du Code de commerce. » Quant à moi, il me paraît incontestable qu'un homme est commerçant dès qu'il manifeste au public sa volonté de l'être et qu'il y joint des actes dans lesquels on ne peut voir autre chose que la réalisation de cette volonté. En un mot, pour acquérir la qualité de commerçant, comme pour acquérir la possession d'une chose, comme pour changer de domicile, deux conditions doivent toujours exister, mais sont toujours suffisantes : l'*animus* et le *factum*.

l'obligé. Ainsi, encore, en matière commerciale, les tribunaux peuvent reconnaître date certaine à un acte, même à l'égard des tiers, bien que cet acte ne soit pas enregistré, qu'aucun des signataires ne soit décédé, et que la substance n'en ait pas été reproduite dans un acte authentique, conditions rigoureusement exigées par le droit civil (art. 1328). Cette exception s'applique même à tous les actes de commerce. Ainsi encore les commerçants sont affranchis de toutes les restrictions auxquelles le droit civil a subordonné l'admission de la preuve testimoniale : quand il s'agirait de plus de 150 francs et qu'il n'y aurait aucun commencement de preuve par écrit, les tribunaux peuvent admettre la preuve par témoins.

Il y a plus : les commerçants peuvent, dans leurs contestations entre eux, invoquer en leur faveur le témoignage de leurs propres registres ; quand bien même un commerçant, à l'appui de la demande par lui formée contre un autre commerçant, en paiement d'une somme plus ou moins importante, qu'il prétendrait lui être due par suite d'une opération commerciale, ne pourrait produire d'autres documents que la mention qu'il a faite de cette somme sur ses registres, sa demande ne serait pas dénuée de preuve et les juges pourraient y faire droit. Cette exception s'applique même à tous les actes de commerce, comme celle relative à la certitude de la date.

Il y a plus encore : les commerçants peuvent se prévaloir de leurs propres registres, mais seulement dans une certaine limite, contre les non-commerçants eux-mêmes (C. Nap., art. 1329).

D'un autre côté, les commerçants sont soumis à des obligations spéciales. Ainsi, ils sont tenus d'avoir des livres, de donner de la publicité au régime qu'ils ont adopté dans leur contrat de mariage, aux jugements de séparation de corps et de biens qui les concernent.

Ils sont soumis de plus à des rigueurs exorbitantes : ainsi, depuis la loi du 28 mai 1838, qui a révisé le livre III du Code de commerce, ils sont privés du bénéfice de cession de biens, qui est exclusivement réservé aux non-commerçants ; les femmes

ou les filles, lorsqu'elles sont commerçantes, sont contraignables par corps, les mineurs commerçants le sont également.

Quand un commerçant vient à cesser ses paiements, il est déclaré en état de faillite, par suite privé de l'administration de ses biens, frappé d'incapacités politiques qui ont les conséquences les plus graves; lorsqu'à la cessation de paiements vient se joindre la circonstance aggravante d'inconduite ou de fraude, il peut être condamné à l'emprisonnement, aux travaux forcés à temps, et si c'est un agent de change ou un courtier, aux travaux forcés à perpétuité, et cela pour des faits qui, s'il n'était pas commerçant, ne donneraient lieu contre lui qu'à une simple action en dommages et intérêts.

Il me reste, pour compléter ces explications, à poser un principe et à signaler des exceptions qui feront encore mieux ressortir la gravité des conséquences qu'entraîne la qualité de commerçant. Le principe, c'est que dans tout commerçant il y a deux personnes juridiques distinctes : une personne commerçante pour les actes relatifs au commerce, une personne non commerçante pour les actes étrangers au commerce. La personne commerçante seule est soumise à la législation commerciale; la personne non commerçante reste sous l'empire du droit commun. Voilà la règle, le principe; mais il n'en est pas moins vrai que la qualité de commerçant réagit dans certains cas sur des actes que le commerçant fait en une qualité étrangère au commerce, leur imprime en quelque sorte un cachet commercial ou les soumet à des conditions commerciales. Je vais en citer des exemples :

1° Supposons qu'un commerçant ait souscrit un billet sans en indiquer la cause, ou que la cause indiquée soit équivoque, qu'on ne puisse discerner si elle est civile ou commerciale. Dans le doute, on la présumera commerciale, et le souscripteur sera justiciable du tribunal de commerce, par suite, s'il s'agit d'une somme supérieure à 200 francs, contraignable par corps, — tandis que, s'il n'était pas commerçant, il ne pourrait être traduit que

devant la juridiction civile et ne serait pas soumis à la contrainte par corps.

2° Les commerçants sont astreints à tenir des livres. Qu'y inscriront-ils? Naturellement les opérations de leur commerce, les achats et ventes de marchandises qu'ils font, les effets qu'ils souscrivent, acceptent ou endossent, leurs engagements commerciaux; mais n'y inscriront-ils que les actes relatifs à leur commerce? Non : ils doivent y inscrire tout ce qu'ils reçoivent et paient à quelque titre que ce soit, comme nous le verrons en expliquant l'art. 8. Si donc un commerçant recueille une succession ou reçoit un legs, il devra, le jour même, en inscrire le montant sur son livre-journal. Pourquoi? Cette acquisition est étrangère à son commerce, sans doute ; mais elle influe sur sa situation pécuniaire, par conséquent sur les garanties qu'il offre à ses créanciers, et il leur en doit compte.

3° Voici un dernier exemple, un exemple plus frappant encore, de la prédominance de la qualité de commerçant.

En cas de faillite, comment procédera-t-on pour la liquidation? fera-t-on de l'actif deux masses distinctes? l'une comprenant l'actif civil, les fonds de terre, les maisons, pour la répartir entre les créanciers civils; l'autre, comprenant l'actif commercial, le fonds de commerce, les marchandises, l'argent en caisse, les effets de portefeuille, pour la répartir entre les créanciers commerciaux? Non : on ne fera qu'une seule et même masse de tout l'actif, sans distinction de ce qui est civil ou commercial; et cette masse unique sera le gage commun de tous les créanciers, aussi bien des créanciers pour cause civile que des créanciers pour cause commerciale, et elle sera répartie entre eux concurremment. Pourquoi? parce que la personne commerçante prédomine, et à tel point qu'ici elle efface et absorbe en quelque sorte la personne non commerçante.

De même, pour les formalités à remplir dans le cours des opérations de la faillite, pour la vérification des créances, pour le vote du concordat, on ne fera aucune distinction entre les créanciers pour cause civile et les créanciers pour cause commerciale.

On procédera de la même manière à l'égard des uns et à l'égard des autres. Pourquoi? toujours par la même raison: parce que la qualité de commerçant est prédominante ici, qu'elle prévaut, qu'elle l'emporte sur celle de non-commerçant.

Ces exemples suffisent, ce me semble, pour faire bien comprendre toute l'importance de la qualité de commerçant, et pour faire sentir la gravité des conséquences qu'elle entraîne.

Il me reste à répondre à un reproche qu'on a maintes fois adressé aux rédacteurs du Code de commerce. On leur a souvent reproché de n'avoir pas parlé de la patente dans l'art. 1^er^ de ce Code; on prétend qu'il y a là une lacune, parce que la patente est imposée à tous les commerçants. Mais ce reproche est immérité, et c'est avec grande raison que les rédacteurs du Code de commerce ont gardé un silence complet sur la patente: car, si elle est imposée à tous les commerçants, elle est imposée aussi à beaucoup d'autres professions qui n'ont rien de commercial, telles que la profession de notaire, d'huissier, de médecin, et même, aujourd'hui, celle d'avocat.

D'ailleurs, la patente est une mesure purement fiscale, purement administrative, qui est complétement en dehors du droit commercial; et elle n'influe en rien sur l'acquisition, la conservation ou la perte de la qualité de commerçant. On aurait beau prendre patente sur patente qu'on ne deviendrait pas pour cela commerçant, si on ne réunissait pas les conditions requises par le Code de commerce; et, en sens inverse, si l'on réunissait ces conditions, quand même on aurait négligé de prendre une patente, on ne serait pas moins commerçant. Seulement, comme on aurait commis une contravention à la loi fiscale, on serait passible d'une amende. Je n'ai donc pas à m'occuper de la patente; je me bornerai à indiquer en quelques mots quel en est le principe, et quel en est le mécanisme.

Quant au principe de la patente, je constate qu'elle a été considérée comme le moyen d'établir l'égalité entre tous les citoyens, sous le rapport de la contribution aux charges publiques. La

propriété foncière y contribue par l'impôt foncier ; la propriété mobilière, par l'impôt mobilier et par celui des portes et fenêtres. On a pensé que la patente était le seul, ou le meilleur moyen, de faire supporter au commerce et à l'industrie leur part de ces charges. Voilà la base de tout le système de notre législation sur les patentes.

Quant au mécanisme de cet impôt, il est très-simple. — Il se compose de deux éléments distincts, d'un droit fixe et d'un droit proportionnel. — Le droit fixe est corrélatif au rang que l'on occupe dans la hiérarchie commerciale, à l'importance de la profession qu'on exerce. Ainsi les agents de change sont soumis à une patente de première classe, et c'est avec raison : car ils tiennent le premier rang dans la hiérarchie des professions commerciales, aujourd'hui surtout que leurs charges se vendent jusqu'à deux millions et au delà. — Quant au droit proportionnel, il est corrélatif à l'importance locative des lieux où se fait le commerce.

Il ne me reste plus, pour terminer l'explication de l'art. 1^er^, qu'une observation générale à présenter.

Demandons-nous si toute personne sans exception est libre, en France, de faire le commerce. Aujourd'hui nous vivons sous l'empire du principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Ce principe n'est pas nouveau ; il date de notre première Révolution. Il avait été formulé en ces termes par l'art. 7 de la loi du 2 mars 1791 : « Il sera libre à toute personne de faire en France tel commerce, d'exercer tel art ou tel métier, qu'elle trouvera bon. » — Lors de la rédaction du Code de commerce, on avait jugé convenable de reproduire ce principe en tête de ce Code, et l'on avait dit : *Toute personne peut librement commercer en France ;* mais dans la discussion cette disposition fut retranchée ; et elle le fut avec raison, car elle avait deux inconvénients : 1° celui d'être inutile, attendu qu'il est de règle que tout ce qui n'est pas défendu est permis ; 2° elle était inexacte : car, à côté du principe de la liberté du commerce et

de l'industrie, il y a des restrictions. Il y en a même de deux sortes, quant aux choses et quant aux personnes :

Quant aux choses, nul ne peut créer une société anonyme, fonder une banque (1), une tontine (2), sans l'autorisation préalable du gouvernement. Nul ne peut être libraire, imprimeur, sans avoir obtenu un brevet du gouvernement (3).

Quant aux personnes, il y a des professions qui sont incompatibles avec le commerce, et même avec l'exercice de simples actes de commerce. Ainsi, il est sévèrement interdit aux agents de change et aux courtiers de se livrer à *aucune* opération commerciale en dehors de leurs fonctions; et, quand ils contreviennent à cette défense, et cessent leurs paiements, ils sont passibles de la peine des travaux forcés (4).

Il y a d'autres professions qui ne comportent pas l'exercice du commerce, ni même d'actes de commerce isolés, des professions dont les membres doivent s'abstenir de tout acte de négoce. Ce sont, notamment, la profession d'avocat, celle de magistrat, et toutes les professions ou fonctions qui se rattachent à ces deux-là, telles que les fonctions de greffier, d'avoué, d'huissier.

Mais, il importe de ne pas s'y méprendre, ce ne sont pas là des incapacités. Ces personnes ne sont pas incapables de faire le commerce; seulement il leur est interdit de s'y livrer. Elles sont placées sous le coup, non pas d'une *incapacité*, mais d'une *interdiction*. Dès lors, les engagements qu'elles ont contractés au mépris de la prohibition dont elles sont frappées ne se trouvent entachés d'aucune cause de nullité : ils sont valables et produisent tous leurs effets; seulement, pour les avoir faits, ces personnes sont passibles d'une poursuite et d'une condamnation disciplinaire. Supposons, par exemple, qu'un avocat ait souscrit des lettres de change : il sera condamné au paiement, comme toute autre personne, comme si sa qualité d'avocat n'existait pas, condamné

(1) Voy. la loi du 24 germinal an XI, *sur la Banque de France*.
(2) Avis du Conseil d'État du 25 mars 1809, approuvé le 1er avril suivant.
(3) Loi du 21 octobre 1814, art. 11.
(4) Voy. C. de comm., art. 85 et suiv.; C. pén., art. 404.

commercialement et par corps. Mais, comme il aura contrevenu aux règlements de sa profession en souscrivant ces lettres de change, il sera traduit disciplinairement devant le conseil de son ordre, qui pourra lui infliger une peine plus ou moins sévère, le suspendre, peut-être même le rayer du tableau. Cela s'est vu malheureusement plus d'une fois.

Nous arrivons à nous occuper des personnes *capables* et des personnes *incapables* de faire le commerce.

A cet égard, quel est le principe? C'est que la capacité est la règle, le droit commun; l'incapacité, l'exception, la dérogation. Il n'y a donc de personnes incapables que celles qui sont déclarées telles par la loi, et on ne peut suppléer à son silence : car les exceptions ne s'induisent pas, les dérogations ne se sous-entendent pas; elles doivent être clairement établies, nettement formulées.

Mais n'y a-t-il pas, dans notre Code et en dehors de notre Code, des personnes incapables de faire le commerce?

En dehors de notre Code, cette question peut s'élever pour trois classes de personnes : les étrangers, les morts civilement et ceux qui sont frappés de cette interdiction légale qui a remplacé la mort civile.

Les étrangers peuvent-ils faire le commerce en France? Oui; ils l'ont toujours pu, même avant la loi du 14 juillet 1819 qui leur a conféré la jouissance des principaux droits civils. Le commerce, en effet, se fait de peuple à peuple, de nation à nation; et aujourd'hui que l'on va d'une capitale à une autre plus facilement qu'autrefois on n'allait d'une petite ville à la ville voisine, qu'on fait plus facilement le tour du monde qu'on ne faisait celui d'un royaume, ces distinctions de nationaux et d'étrangers sont surannées, et doivent finir par disparaître complétement. Un jour viendra, qui n'est pas fort éloigné peut-être, où il se fera en Europe une grande unité dans la législation comme dans la civilisation.

Quant aux morts civilement, la question peut s'élever quoique la mort civile soit abolie (1), parce qu'en l'abolissant on a conservé les effets qu'elle avait produits pour le passé, les incapacités qui y étaient attachées (2). La mort civile avait pour effet de priver de la jouissance des droits civils celui qui en était frappé; or, la faculté de faire le commerce n'a jamais été considérée comme etant de droit civil; elle est, au contraire, comme les contrats qui lui servent d'instruments, du droit des gens, du droit naturel; c'est un de ces droits qui dérivent de la nature même de l'homme et en sont inséparables.

Ce que je viens de dire des morts civilement s'applique, à plus forte raison, à ceux qui sont frappés de l'interdiction légale qui chez nous a succédé à la mort civile.

— J'arrive aux incapables dont le Code de commerce s'est occupé, et je fais remarquer tout d'abord que ce Code n'est pas restrictif, qu'il est, au contraire, extensif de la capacité; il est venu fournir à certains incapables du droit civil le moyen de se faire relever de leur incapacité. Quels sont ces incapables? Ce sont les mineurs et les femmes mariées.

1° DES MINEURS.

Quel est, en ce qui concerne les mineurs, le principe fondamental qu'il faut poser tout d'abord? C'est que la minorité est un fait naturel. Aussi tous les législateurs ont-ils reconnu le fait de la minorité, comme préexistant et indépendant de leur volonté.

(1) Voyez la loi du 31 mai 1854.

(2) « Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des con-« damnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers » (art. 5 de la loi du 31 mai 1854). — Par exemple, un mort civilement qui en fait, exerçait la profession de commerçant, a souscrit un billet à ordre avant la loi de 1854: poursuivi aujourd'hui en vertu de ce billet, pourrait-il opposer la prescription de cinq ans, conformément à l'art. 189 du Code de commerce?

Ils l'ont tous accepté, ou plutôt subi ; seulement ils se sont efforcés d'en atténuer les inconvénients, de préserver les mineurs des dangers auxquels les expose la faiblesse de leur âge. Mais, s'ils se sont tous proposé ce but, ils ne sont pas tombés d'accord sur le meilleur moyen à prendre pour l'atteindre, et, suivant les temps, les lieux, les circonstances, ils ont eu recours à des systèmes différents.

En général, à côté du mineur, on a placé une personne qui, par son âge, par ses lumières, par son expérience, offre toute garantie, inspire toute confiance, et a pour mission d'éclairer le mineur, de le diriger, de le protéger, en un mot de défendre ses intérêts : c'est ce qu'on appelle un *tuteur*.

Mais ici, encore, se rencontre la divergence des systèmes.

En droit romain, le tuteur ne représentait pas le mineur, n'agissait pas pour lui, du moins quand ce dernier était sorti de l'enfance. Le mineur lui-même, ou plutôt le pupille, car on appelait ainsi le mineur en tutelle, contractait avec l'autorisation du tuteur, autorisation qui était le complément nécessaire, indispensable, de sa capacité.

Le droit français a adopté un système tout différent. Chez nous, le tuteur, même quand le mineur est sorti de l'enfance, qu'il approche de sa majorité, quel que soit l'âge du mineur, le tuteur représente le mineur, agit au nom et pour le compte du mineur, lequel reste personnellement étranger à l'opération qui se fait en son nom, et souvent même n'en a aucune connaissance ; le tuteur le personnifie, se substitue à lui ; il est son mandataire légal, et les actes qu'il fait, en cette qualité, sont censés faits par le mineur, qui en subit seul toutes les conséquences passives et en recueille seul le bénéfice, et qui ne peut contracter que par l'entremise de son tuteur.

L'un ou l'autre de ces systèmes pouvait-il être admis en droit commercial? Ni l'un ni l'autre.

D'abord n'est-il pas évident qu'on ne pouvait subordonner la capacité du mineur qui veut faire le commerce, à l'autorisation spéciale du tuteur, qui devrait dès lors intervenir dans chacun

des actes de commerce que ferait le mineur? N'est-il pas évident que les actes de commerce sont trop fréquents, trop réitérés, exigent trop de célérité, pour se plier à la nécessité d'une autorisation spéciale et préalable? N'est-il pas évident que la première condition du commerce, c'est que le commerçant puisse déployer librement son activité, qu'il soit affranchi de toute entrave, de tout contrôle, qu'il soit indépendant et libre, en un mot, qu'il puisse saisir au vol les occasions favorables qui s'offrent à lui, et au moment même où elles se présentent?

Le système du droit romain ne pouvait donc pas être admis en cette matière. Il était inconciliable avec les conditions inhérentes aux opérations commerciales.

Mais ne pouvait-on pas admettre que le tuteur représenterait le mineur pour les actes de la vie commerciale comme il le représente pour les actes de la vie civile? — Non : car il en serait résulté des conséquences choquantes, inadmissibles. Comprendrait-on que le tuteur, quelque habile et expérimenté qu'on le suppose (et il pourrait n'être ni l'un ni l'autre), pût disposer de la fortune du mineur à son insu, sans sa participation, la risquer dans des opérations aussi hasardeuses que le sont en général les opérations commerciales? Comprendrait-on qu'il pût disposer non-seulement de la fortune, mais encore de la liberté du mineur? je dis *de sa liberté :* car les engagements pour faits de commerce entraînent la contrainte par corps à l'égard de toutes personnes, même des mineurs, lorsqu'ils sont commerçants. Comprendrait-on qu'il pût disposer, non-seulement de la fortune et de la liberté du mineur, mais encore de son honneur et de sa considération? Je dis *de son honneur et de sa considération :* car les commerçants sont tous exposés à tomber en faillite, et la déclaration de faillite est une tache pour leur nom, une flétrissure pour leur personne ; elle peut même, quand il s'y joint des circonstances qui la font dégénérer en banqueroute simple ou frauduleuse, les soumettre à des peines dont j'ai fait ressortir précédemment toute la gravité.

Il fallait donc, c'était de toute nécessité, il fallait ou refuser

absolument au mineur la faculté de faire le commerce, ou lui permettre de le faire librement et sans entraves.

Mais pouvait-on lui refuser la faculté de faire le commerce? Le pouvait-on dans tous les cas et sans jamais lui permettre de devancer l'époque de sa majorité ? Non, c'eût été pousser la rigueur trop loin, la pousser jusqu'à l'injustice : car il y a des circonstances où il est de la plus haute importance pour le mineur de pouvoir faire le commerce. J'en citerai seulement quelques-unes :

Supposons qu'un mineur qui approche de l'époque de sa majorité, et dont le père est commerçant, vienne à perdre son père : ne sera-t-il pas fâcheux pour lui et dommageable de ne pouvoir continuer le commerce paternel? — Supposons qu'un mineur épouse une femme commerçante : ne serait-il pas trop rigoureux de l'empêcher d'exercer la profession du commerce, concurremment avec sa femme? — Supposons enfin qu'un commerçant ait beaucoup à se louer des services d'un de ses commis, auquel il est peut-être redevable en grande partie de sa prospérité commerciale : n'y aurait-il pas quelque chose de dur pour l'un et pour l'autre, d'injuste, à le mettre dans l'impossibilité absolue de prendre ce commis pour associé?

Il y avait donc des cas où il était nécessaire de faire fléchir la règle du droit commun, qui veut que des mineurs soient incapables de faire le commerce : tout en maintenant cette règle, il fallait y admettre des exceptions. Mais en même temps il fallait prescrire des conditions de nature à prévenir autant que possible les dangers auxquels le mineur sera nécessairement exposé dans le commerce. Aussi est-ce là précisément ce qu'on a fait.

A cet égard, l'ancienne législation était très-vague, très-incomplète, très-insuffisante. Tout ce qu'on y trouve, c'est l'art. 3 de l'Ordonnance de 1673, d'après lequel « Aucun ne sera reçu « marchand, qu'il n'ait 20 ans accomplis, et ne rapporte les « brevets et les certificats d'apprentissage, et du service fait « depuis. »

L'Ordonnance de 1673 exigeait donc l'âge de 20 ans et un brevet d'apprentissage de la part de ceux qui voulaient faire le commerce. Mais, d'une part, cette disposition, tant en ce qui concerne l'âge que le certificat d'apprentissage, n'était applicable que dans les villes où il y avait des maîtrises; d'autre part, en 1791, on supprima tout le système des corporations, des maîtrises et des jurandes, — de sorte qu'il ne restait à cet égard d'autre règle que la jurisprudence et l'usage, d'après lesquels l'exercice seul du commerce suffisait pour faire présumer capable celui qui s'y livrait : le mineur était donc réputé capable de faire le commerce, par cela seul que, de fait, il en exerçait la profession.

Un tel état de choses appelait naturellement l'attention du législateur. Déjà les rédacteurs du Code civil avaient touché ce point dans l'art. 487, en disant : « Le mineur *émancipé* qui fait « un commerce, est réputé majeur pour les faits relatifs à ce « commerce. » Ils avaient donc implicitement indiqué l'émancipation comme une condition préalable à l'exercice du commerce par le mineur. Mais cette question était spécialement du ressort du Code de commerce : aussi les rédacteurs de ce Code l'ont-ils définitivement et complétement résolue par l'art. 2.

La première condition dont parle cet art. 2, c'est celle indiquée déjà par l'art. 487 du Code civil, savoir : l'émancipation. Cette condition est, en effet, la première qu'il fallait exiger. Le mineur, qui n'est pas émancipé, est incapable de faire même de simples actes d'administration : dès lors, comment pourrait-il être réputé capable de faire des actes de commerce, qui exigent une capacité bien plus grande que des actes d'administration? Ce serait une grave inconséquence. Mais, si un mineur ne peut être émancipé par le conseil de famille avant 18 ans révolus, il peut l'être par son père ou, à défaut de père, par sa mère, à 15 ans révolus. Il peut même être émancipé avant cet âge, s'il se marie en vertu de dispenses : car le mariage émancipe toujours le mineur; la loi attache de plein droit l'émancipation au fait seul du mariage. Or, comment un mineur de 15 ou

16 ans, et même de 17 ans, pourrait-il, sans témérité, se livrer à des opérations aussi difficiles, aussi compliquées, aussi hasardeuses, que le sont les opérations commerciales? Comment, d'ailleurs, pourrait-il inspirer assez de confiance pour obtenir le crédit sans lequel il n'y a pas de commerce possible?

Il fallait donc, indépendamment de la condition première de l'émancipation, en exiger une seconde, une condition d'âge, comme une garantie que le mineur a un degré suffisant d'intelligence, une certaine rectitude de jugement, une certaine maturité de raison. — Aussi l'art. 2 exige-t-il que le mineur soit non-seulement émancipé, mais encore *âgé de* 18 *ans révolus*.

L'âge de 18 ans est une garantie que le mineur est mûr pour le commerce. Toutefois, ce n'est là qu'une présomption, fondée sur une donnée générale, et qui, exacte et vraie dans sa généralité, peut se trouver en défaut dans une multitude de cas particuliers. — Il fallait donc exiger une troisième condition qui donnât la garantie que le mineur personnellement, individuellement, est doué de l'aptitude nécessaire pour faire le commerce.

Voilà pourquoi, indépendamment de la condition d'émancipation et de la condition d'âge, l'art. 2 exige une autorisation.

A qui sera confié le soin d'accorder ou de refuser cette autorisation? Aux personnes les mieux placées pour apprécier la capacité du mineur, à celles qui ont le plus d'affection pour lui, qui sont les moins exposées à porter sur lui un jugement téméraire et les plus intéressées à ne pas se tromper dans cette appréciation délicate et toujours difficile.

Ce sera donc d'abord au père, ensuite, en cas de décès, d'absence ou d'interdiction du père, à la mère, et, à défaut du père et de la mère, au conseil de famille.

Mais, comme le conseil de famille inspire moins de confiance que le père et la mère, comme les membres de ce conseil connaissent moins le mineur, qu'ils sont présumés avoir pour lui moins d'affection, la loi veut, dans l'art. 2, que l'autorisation, quand elle n'émane que du conseil de famille, soit soumise à un

contrôle, subordonnée à une approbation, en un mot, qu'elle soit homologuée par la justice, — tandis que cette condition n'est pas requise lorsque l'autorisation émane du père ou de la mère.

Mais quel sera le tribunal appelé à homologuer l'autorisation accordée par le conseil de famille? Sera-ce le tribunal civil, ou le tribunal de commerce? — On pouvait hésiter. Il pouvait sembler que, puisqu'il s'agit d'une autorisation à l'effet de faire le commerce, les juges de commerce étaient plus compétents que les juges civils, mieux placés pour apprécier le mérite et l'opportunité de cette autorisation; dès lors, que c'était au tribunal de commerce et non pas au tribunal civil à homologuer la délibération du conseil de famille. Mais il y aurait eu là quelque chose d'incohérent : car le mineur qui demande à être autorisé à faire le commerce, n'est pas encore commerçant, et le soumettre, dès à présent, à la juridiction commerciale, c'eût été, en quelque sorte, mettre l'effet avant la cause. — D'ailleurs, de quoi s'agit-il pour le mineur? D'une sorte de changement de condition, d'une espèce de question d'état. Or, les questions d'état sont toutes et toujours de la compétence des tribunaux civils, qui sont les tribunaux du droit commun, et nullement de celle des tribunaux de commerce, qui sont des tribunaux d'exception.

Que l'autorisation soit donnée par le père, par la mère ou par le conseil de famille, elle peut être donnée dans des termes généraux ou dans des termes restreints. Si le mineur a été autorisé à faire le commerce en général, il peut choisir, parmi les différents genres de commerce, celui qui lui convient le mieux, adopter celui qu'il préfère; — tandis que, si l'autorisation est restreinte, si elle spécifie tel genre ou telle branche de commerce, le mineur ne peut pas en embrasser d'autre; et, s'il s'écartait des termes de l'autorisation, ce serait comme s'il n'était pas autorisé.

Quant à la forme dans laquelle devra être donnée l'autorisation, il faut distinguer : si elle émane du conseil de famille, elle sera suffisamment établie par la délibération même qui l'accor-

dera, et il suffira de représenter le procès-verbal de cette délibération pour en justifier; si elle émane du père ou de la mère, elle pourra être donnée dans la forme d'un acte notarié, ou même dans un acte reçu par le juge de paix, qui est seul compétent pour recevoir la déclaration de l'émancipation, ou par le greffier du tribunal de commerce. — Je crois même qu'elle pourrait être valablement donnée par acte sous seing privé : car la loi n'exige spécialement aucune forme, et en matière de formalités on ne peut pas ajouter à ses dispositions. Seulement, si l'acte était sous seing privé, il faudrait que la signature fût légalisée.

Mais l'autorisation, donnée soit par le père, soit par la mère, soit par le conseil de famille, peu importe, n'aurait pas atteint son but, si elle n'avait pas été rendue publique. Il fallait donc qu'elle fût portée à la connaissance du public, qu'elle fût notifiée, en quelque sorte, au commerce et à la société. — Il le fallait d'abord par cette raison générale que toute profession, et surtout la profession du commerce, suppose un appel à la confiance publique, dès lors implique l'annonce de l'intention où l'on est de se mettre en rapport avec le public. Mais, de plus, la publication est requise par deux motifs spéciaux, l'un tiré de l'intérêt des tiers, l'autre tiré de l'intérêt du mineur lui-même. Il fallait que les tiers pussent s'assurer promptement, sûrement et sans frais, de la capacité du mineur; il fallait, d'un autre côté, que le mineur pût justifier de sa capacité facilement et sans frais, ou plutôt qu'il n'eût pas besoin d'en justifier, qu'elle fût notoire : s'il avait dû, à chaque acte de commerce qu'il voudrait faire, produire les pièces justificatives de sa capacité, il aurait été entravé dans ses opérations.

Aussi la loi veut-elle que dans tous les cas l'autorisation soit *enregistrée et affichée au tribunal de commerce*. Ce sont les termes mêmes de l'art. 2.

Le législateur s'est exprimé d'une manière un peu trop elliptique, quand il a dit : « *enregistrée et affichée au tribunal de commerce.* » Toutefois il n'y a point d'équivoque ni d'incertitude :

par le mot *enregistrée*, il faut entendre enregistrée au *greffe* du tribunal de commerce, c'est-à-dire transcrite sur un registre spécial, tenu à cet effet par le greffier du tribunal de commerce, et qu'il est obligé de communiquer à tous ceux qui désirent en prendre connaissance; — et, quand la loi dit *affichée*, il faut entendre affichée dans *l'auditoire* du tribunal de commerce : car c'est là, évidemment, qu'elle recevra le plus de publicité. — La loi ne parle que de *l'acte d'autorisation*, parce que, cette autorisation ne devant être accordée qu'autant que le mineur est émancipé et âgé de 18 ans révolus, elle implique ces conditions qui doivent y être indiquées, — de sorte qu'en publiant cet acte d'autorisation, on donne, par cela même, publicité à toutes les conditions requises, à la condition d'âge comme à la condition d'émancipation.

Il résulte de là une conséquence que je dois signaler. Quand même le mineur résiderait chez ses père et mère, quand même il aurait fait le commerce à leur connaissance et sans aucune opposition de leur part, on ne pourrait pas dire qu'il est valablement autorisé : car la loi ne se contente ici ni d'un consentement verbal, ni d'un consentement tacite; elle exige un consentement exprès et formel, en un mot une *autorisation*, et elle exige même que cette autorisation soit rendue publique de la manière qui vient d'être indiquée. Dès lors, y eût-il un consentement tacite, pût-on raisonnablement l'induire des circonstances, cela ne serait pas suffisant; — et d'ailleurs on ne pourrait pas en justifier, car la seule justification admise par la loi, c'est la production d'un écrit; — enfin il y aurait toujours absence de publication.

Dans tous les cas, l'autorisation doit être obtenue *préalablement* à l'exercice du commerce; de même, les autres conditions requises par l'art. 2 doivent être remplies préalablement. L'autorisation n'agit que sur l'avenir, elle est sans influence sur le passé : si donc le mineur avait fait des actes de commerce avant d'avoir obtenu l'autorisation, quand même il l'aurait obtenue depuis, elle ne rendrait pas valables les actes faits anté-

rieurement, elle validerait seulement ceux qui l'auraient suivie et non ceux qui l'auraient précédée. La *capacité* du mineur n'existe qu'autant que ce mineur est émancipé, âgé de 18 ans révolus, dûment autorisé et que cette autorisation a été publiée : donc tous les actes qu'il a faits jusque-là sont nuls, et l'autorisation survenue postérieurement ne peut les valider. Les termes de la loi, à cet égard, sont clairs et positifs : « s'il n'a été *préalablement* autorisé, dit l'art. 2, et si, en outre, l'acte d'autorisation n'a pas été enregistré et affiché. » Évidemment, en présence de ce texte, il est impossible d'admettre que l'autorisation une fois accordée ait un effet rétroactif.

* A deux reprises, la Cour d'assises de la Seine a condamné comme banqueroutier frauduleux un mineur qui faisait le commerce sans que les conditions de notre art. 2 eussent été remplies. C'était une fausse application du principe qu'en matière pénale le mineur, dès qu'il a plus de seize ans, est traité comme majeur (C. pén., art. 66 et suiv.). Aussi la Cour de cassation a-t-elle cassé les arrêts dont il s'agit (1); et il est probable que désormais il ne s'élèvera plus de difficultés à cet égard. *

Voilà quelles sont les conditions nécessaires pour conférer au mineur la capacité de faire le commerce.

Reste maintenant à savoir si toutes les conditions requises pour que le mineur devienne commerçant le sont également lorsque, sans devenir commerçant, il veut seulement faire des actes isolés de commerce. C'est un cas qui se présentera rarement, mais qui cependant peut se rencontrer, et qui est prévu par la loi (art. 3).

Les rédacteurs du Code de commerce ont pensé que le mineur qui, sans faire le commerce, veut cependant exercer des actes de commerce, devait être soumis aux mêmes conditions qui sont prescrites par l'art. 2. Reprenons ces conditions.

(1) Crim. cass., 2 décembre 1826 (Sir., 27, 1, 206); 17 mars 1853 (Dev.-Car., 53, 1, 230).

1° Le mineur devra-t-il être émancipé ? Oui, évidemment : car, quand il n'est pas émancipé, il ne peut faire même un simple acte d'administration, et, à plus forte raison, ne saurait-il faire un acte de commerce.

2° Devra-t-il être âgé de 18 ans accomplis ? Oui : car les conséquences de l'acte de commerce qu'il veut faire ne sont pas moins graves en elles-mêmes que s'il était commerçant. Elles peuvent compromettre sa liberté, sa fortune ; elles exigent une prudence, une habileté, qui ne peut se rencontrer chez celui qui n'est pas âgé de 18 ans.

3° Devra-t-il être autorisé ? Oui : car l'autorisation peut seule garantir qu'il a réellement le degré d'intelligence, la maturité de raison que suppose en général l'âge de 18 ans. — Ces conditions étaient donc évidemment nécessaires, aussi bien pour le mineur qui ne veut faire qu'un acte isolé de commerce, que pour celui qui veut exercer la profession du commerce. Mais faudra-t-il, dans un cas comme dans l'autre, que l'autorisation soit enregistrée et affichée ? Ici, on pouvait hésiter : car le mineur qui ne veut faire qu'un acte de commerce isolé, n'a pas besoin de faire appel au public ; dès lors, la publication semble inutile. Mais l'enregistrement et l'affiche ne sont pas seulement un moyen de publicité ; c'est le mode légal et régulier de constatation de l'accomplissement des conditions requises.

Au surplus, le texte de l'art. 3 ne peut laisser aucun doute sur la nécessité de l'accomplissement de ces quatre conditions : car il est ainsi conçu : « La disposition de l'article précédent est « applicable aux mineurs même non commerçants, à l'égard de « tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les dis- « positions des art. 632 et 633. »

Voyons maintenant en quoi consiste précisément cette capacité, une fois acquise par le mineur, aux termes des art. 2 et 3.

A cet égard, quel est le principe ? c'est que le mineur est *réputé majeur*. Ce principe n'est pas nouveau ; il est bien antérieur au Code, et l'Ordonnance de 1673, dans son art. 6, l'avait for-

mulé en ces termes : « Tous les négociants et marchands seront « *réputés majeurs*, pour le fait de leur commerce, sans qu'ils « puissent être restitués sous prétexte de minorité. » C'était là, en effet, une conséquence forcée de l'exercice du commerce. Si les engagements contractés par les mineurs commerçants n'avaient pas offert les mêmes sûretés que les engagements contractés par les autres commerçants, s'ils avaient été sujets à rescision pour cause de lésion, les mineurs auraient été frappés de défaveur et de discrédit, et dans l'impossibilité de fait d'exercer le commerce.

Mais cette majorité, qu'il fallait bien leur attribuer, sous peine de leur rendre fort difficile, sinon tout à fait impossible, l'exercice du commerce, est une pure *fiction :* car, en réalité, ils sont mineurs : leur capacité est donc arbitraire, de pure convention. Aussi n'est-elle admise que pour les actes qu'ils font en qualité de commerçants : pour tous les actes civils, ils restent ce qu'ils sont réellement, c'est-à-dire *mineurs*, et sont soumis comme tels au droit commun sur les mineurs. — Leur position est donc fort différente, suivant qu'ils ont affaire à des créanciers commerciaux ou à des créanciers civils :

Les créanciers commerciaux ont contre eux les mêmes droits qu'ils auraient contre des majeurs : ils n'ont donc à craindre aucune rescision pour cause de lésion, aucune réduction pour excès ; ils peuvent faire vendre les immeubles du mineur, sans s'être astreints à discuter préalablement le mobilier ; ils pourront traduire le mineur, comme s'il était majeur, devant le tribunal de commerce, et le faire condamner par corps ; ils peuvent le faire déclarer en faillite, et même le faire condamner comme banqueroutier simple ou frauduleux.

Au contraire, les créanciers pour cause civile n'auront pas plus de droit contre le mineur commerçant que s'il n'était pas commerçant : leurs titres pourront, tout comme s'il n'était pas commerçant, être rescindés ou réduits pour lésion ou excès ; ils seront tenus de discuter préalablement le mobilier, avant de procéder à l'expropriation des immeubles ; ils ne pourront pour-

suivre le mineur que devant la juridiction civile ; enfin ils ne sauraient le faire condamner par corps, non plus que le faire déclarer en état de faillite, et lui faire encourir la peine de la banqueroute simple ou frauduleuse.

On voit par là combien il importe de distinguer quel est le caractère des actes faits par le mineur, si ce caractère est commercial ou simplement civil : car, au premier cas, ils produisent les mêmes effets que si leur auteur était majeur ; au second cas, ils ne valent que ce que valent les actes d'un mineur. Il y a donc dans le mineur, suivant la nature des actes par lui faits, deux personnes distinctes : pour les actes de commerce, une personne commerçante, dont les actes sont réputés ceux d'un majeur, d'un capable ; pour les actes civils, une personne non commerçante, dont les actes sont et restent ceux d'un mineur, d'un incapable.

— Ici se présentent deux questions, fort diversement résolues.

La première est celle de savoir si cette majorité fictive, cette capacité de convention, dont est investi le mineur, s'applique à tous les actes de commerce qu'il peut faire, ou si elle est restreinte aux actes concernant le *genre* de commerce qu'il exerce.

Cette question s'était déjà présentée dans l'ancien droit. Jousse la décidait en ces termes :

« Ces mineurs peuvent par la même raison endosser des lettres de change et *cautionner* d'autres marchands, pourvu que ce cautionnement soit dépendant de leur commerce. Mais un mineur marchand ou banquier, qui se serait rendu caution ou certificateur pour raison d'une dette étrangère à son commerce, pourrait se faire restituer contre un pareil engagement. Ainsi, par arrêt du mois d'avril 1701 (rapporté par M. le Bret), un marchand qui en minorité s'était rendu certificateur d'un receveur de tailles, fut restitué contre son obligation. Bouvot, en ses *Questions*, rapporte aussi un arrêt du Parlement de Dijon, du 28 juillet 1614, par lequel un marchand mineur, qui avait cautionné un autre marchand, quoique pour marchandises, a été déchargé de son cautionnement, parce qu'il ne suffit pas

que le mineur s'oblige pour marchandises, quand elles sont pour le compte d'autrui, mais il faut qu'il s'oblige pour le fait de son commerce. »

Quant à moi, je ne vois aujourd'hui aucune raison de ne pas décider de la même manière. Qu'a-t-on voulu, en réputant majeurs les mineurs commerçants? Faciliter l'exercice de leur commerce, et rien de plus. Donc, leur permettre de faire, en dehors de leur commerce, des opérations même commerciales, ce serait dépasser le but. — Au surplus, la question est tranchée en ce sens par l'art. 487 du Code civil : car cet art. 487 déclare que le mineur qui fait le commerce est réputé majeur *pour les faits relatifs à ce commerce.* Il ne le réputé donc pas majeur pour tous les faits de commerce en général, quels qu'ils soient, mais seulement pour ceux relatifs à son commerce personnel. Et l'art. 2 du Code de commerce, évidemment conçu dans le même esprit, n'est que la reproduction de la même idée.

— Une autre question, qui présente infiniment plus de gravité, et qui a plus d'importance, est celle-ci : Dans le doute sur le caractère civil ou commercial d'un acte fait par le mineur, le considérera-t-on comme commercial ou comme civil? — La différence dans les résultats sera grande : commercial, il sera valable comme l'acte d'un majeur ; civil, il sera nul comme l'acte d'un mineur.

Il y a bon nombre d'auteurs qui ont cru que la question était tranchée par un article du Code de commerce, l'art. 638, d'après lequel les billets souscrits par un commerçant sont présumés souscrits pour son commerce, lorsqu'aucune autre cause n'y est énoncée. Le mineur est commerçant : donc, disent-ils, cette disposition lui est applicable.

Mais je crois qu'il y a là une méprise. Dans quel Livre, dans quel Titre se trouve l'article dont on argumente? Dans le livre IV, consacré à la *juridiction commerciale ;* dans le Titre II, relatif à la *compétence des Tribunaux de commerce.* Donc, d'après sa place même, cet article n'est relatif qu'à une

question de compétence; et sous ce rapport il est facile à justifier : car, quand il s'agit d'un commerçant majeur, comme il est valablement obligé, comme il sera, dans tous les cas, condamné à payer, il n'a pas grand intérêt à décliner la juridiction commerciale, qui est sa juridiction naturelle, pour se faire renvoyer devant la juridiction civile. Mais, quand le commerçant est mineur, il ne s'agit pas seulement de savoir s'il sera traduit devant tel tribunal ou devant tel autre; il s'agit d'une question tout autre et bien plus grave, d'une question de nullité ou de validité d'engagements : comment faut-il la résoudre? L'article 638 est étranger à cet ordre d'idées : il n'a pas trait à la question qui nous occupe, et nous ne devons pas nous y arrêter.

Cela posé, que faut-il décider? — Ne perdons pas de vue que la majorité dont le mineur commerçant est investi est une pure fiction. Sa capacité est arbitraire, exceptionnelle; et dès lors, dans le doute, il faut se décider pour la réalité plutôt que pour la fiction, pour la règle plutôt que pour l'exception, partant pour la non-commercialité plutôt que pour la commercialité, pour la nullité plutôt que pour la validité. Autrement, où s'arrêterait-on? Après avoir admis une première fiction, en *réputant* le mineur majeur, il faudrait en admettre une seconde, en réputant commerciaux les actes dont la cause ne serait pas indiquée. On marcherait donc de fiction en fiction, de présomption en présomption, d'exception en exception; et c'est là ce que la logique du droit et les règles d'une saine interprétation ne permettent pas. — Je crois donc, quant à moi, je crois fermement que le mineur n'aura rien à prouver, que ce sera, au contraire, au créancier qui prétend que les actes sont relatifs au commerce du mineur, qui veut se placer dans un cas d'exception, à prouver qu'il est dans le cas pour lequel cette exception est faite. Il doit s'imputer de n'avoir point fait consigner dans l'acte la cause de l'engagement (1).

(1) Sur cette grave question, les jurisconsultes les plus autorisés s'écartent de la doctrine de M. Bravard, et enseignent que la disposition de l'art. 638

Maintenant envisageons la capacité du mineur commerçant à un autre point de vue : voyons si elle s'étendra à des actes qui,

du Code de commerce est applicable aux billets souscrits par un mineur commerçant (Voy. M. Valette, *Explication sommaire du livre* I *du Code Nap.*, p. 331 ; M. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. II, n° 342, p. 259 de la 2e édition ; et M. Molinier, *Traité de droit commercial*, t. 1er, nos 154 et 179). Cette manière de voir me paraît préférable, surtout à cause de la considération suivante :

Dans la doctrine de M. Bravard, de deux choses l'une : Ou bien on admettra que le billet souscrit par le mineur commerçant doit être présumé fait pour son commerce et conséquemment valable, par cela seul qu'une cause commerciale y serait énoncée (c'est effectivement ce qu'admet notre auteur). Mais alors, évidemment, dans cette doctrine il ne s'agit plus d'une protection sérieuse assurée au mineur, il s'agit simplement d'une petite gêne imposée à celui qui traite avec ce mineur, gêne consistant en ce que le billet devra contenir une énonciation qui est sous-entendue, en général, dans les billets souscrits par des commerçants. J'ajoute que faire ainsi dépendre la présomption de validité de l'engagement d'une simple énonciation contenue dans le billet, c'est, à mon sens, aller contre l'esprit du législateur, qui, dans l'art. 1307 du Code Napoléon, dit positivement que « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point « obstacle à sa restitution. » Si la simple déclaration de majorité ne peut avoir aucun effet contre le mineur, il serait bizarre que la simple déclaration de commercialité pût en avoir un très-important. — Ou bien, au contraire, on décidera, et cela me paraît beaucoup plus logique, que le billet souscrit par le mineur commerçant est toujours présumé fait par un incapable, et qu'ainsi, la nullité étant demandée, il faudra que le créancier prouve qu'il a été réellement fait pour le commerce du souscripteur. Mais alors on arrive à rendre impossible au mineur l'exercice du commerce : car personne ne voudrait traiter avec lui sans être mis au courant de ses affaires, sans avoir la preuve que les fonds qu'il veut emprunter sont bien destinés à telle opération commerciale, sans se réserver le droit de surveiller l'emploi, etc.

Je ne puis donc pas me ranger ici à l'opinion de M. Bravard : car elle conduit forcément ou à la nécessité puérile de l'insertion d'une simple clause de style, ou à une véritable impossibilité pour le mineur commerçant d'exercer le commerce.

La Cour de cassation, par un arrêt de cassation du 23 mars 1857, paraît bien s'être prononcée en faveur de la doctrine que je crois devoir admettre. Un mineur commerçant avait souscrit des lettres de change ; ces lettres n'étant pas payées à l'échéance et le mineur en demandant la nullité, la question était de savoir si le tribunal civil était compétent, ou au contraire le tribunal de commerce. La Cour de Rouen donnait compétence au tribunal civil. La Cour de cassation proclame, au contraire, que c'est le tri-

par eux-mêmes, sont essentiellement civils, lorsqu'ils seront déterminés par les besoins de son commerce. Le mineur pourra-t-il faire des actes qui ont en eux-mêmes un caractère purement civil, lorsque ce sera pour une opération de commerce, lorsque la cause de ces actes sera commerciale ?

Cette question s'applique à deux sortes d'actes, savoir : les aliénations d'immeubles et les constitutions d'hypothèques. Examinons-la pour les unes et pour les autres.

D'abord, le mineur pourra-t-il, — pour cause commerciale, bien entendu, — aliéner ses immeubles, les aliéner comme commerçant réputé majeur, et sans avoir aucune formalité à remplir ?

La question s'était élevée dans l'ancien droit, et elle avait fait naître des doutes. Jousse disait, à cet égard : « Il y a plus de difficulté à savoir si les marchands et banquiers mineurs peuvent vendre leurs immeubles, pour en employer le prix au fait de leur commerce, » et il concluait en ces termes : « Il est cependant encore plus prudent, dans ce cas d'aliénation d'immeubles, de prendre les précautions dont on use ordinai-

bunal de commerce qui est compétent, et voici ce que nous lisons dans les *considérants* de son arrêt : « Attendu que, pour soustraire la cause à la juridiction consulaire, on oppose vainement pour le mineur qu'il avait déjà saisi la juridiction civile de la demande en nullité des lettres de change comme ayant été arrachées par dol et par fraude, et même *pour des faits étrangers au commerce pour lequel il avait été autorisé;...* attendu qu'aux termes de l'art. 638 du Code de commerce, les billets souscrits par un négociant sont censés faits pour son commerce lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée;... attendu que l'allégation du souscripteur ne saurait prévaloir, au point de vue de la compétence, sur la présomption légale de commercialité écrite dans l'art. 638... » (Dev.-Car., 58, 1, 300). Ainsi la Cour de cassation admet que la lettre de change souscrite par un mineur commerçant est censée faite pour son commerce. Son idée serait-elle de distinguer, avec certains auteurs, notamment avec M. Pardessus (*Droit commerc.*, t. 1er, nº 62, p. 65 de la 6e édition), suivant qu'il s'agit d'un acte dont la forme même est commerciale, comme la lettre de change, ou qu'il s'agit au contraire d'un simple billet, et de présumer la validité dans le premier cas, la nullité dans le deuxième ? Les *considérants* que je viens de rapporter sont évidemment conçus en termes généraux, exclusifs de cette distinction.

rement avec les mineurs, en faisant autoriser cette aliénation par le tuteur ou dans une assemblée de famille. »

Ce que Jousse considérait simplement comme plus *prudent*, les rédacteurs du Code de commerce l'ont rendu obligatoire : aux termes de l'art. 6, les mineurs, bien qu'ils soient commerçants, ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en remplissant les mêmes formalités que s'ils ne l'étaient pas ; en un mot, ils restent à cet égard complétement sous l'empire du droit commun.

Mais, s'ils ne peuvent les aliéner, ne pourront-ils pas au moins les hypothéquer, lorsque les besoins de leur commerce les y obligeront ? En principe, quand on ne peut pas aliéner un immeuble, on ne peut pas l'hypothéquer ; c'est ce qui est dit en toutes lettres dans un article du Code civil, l'art. 2124. Et il n'y a là rien que de logique : car l'hypothèque contient le germe d'une aliénation : quand le créancier hypothécaire n'est pas payé, il peut faire saisir et vendre l'immeuble hypothéqué ; et on n'a pas voulu que le propriétaire de l'immeuble pût faire indirectement ce qu'il ne lui était pas permis de faire directement.

Ne fallait-il pas, à l'égard du mineur commerçant, faire fléchir cette règle, toute logique qu'elle est en elle-même ? Nous avons déjà vu qu'il était permis aux créanciers commerciaux du mineur commerçant, alors même qu'ils ne seraient pas hypothécaires, mais simplement chirographaires, de faire saisir et vendre ses immeubles. Et dès lors, n'était-on pas tout naturellement amené à lui permettre de les hypothéquer ? — D'ailleurs, cette faculté était évidemment nécessaire au mineur pour soutenir son crédit, pour se procurer les fonds dont il peut avoir besoin dans un moment de crise et échapper à une déclaration de faillite. On ne pouvait donc pas la lui refuser. Aussi l'article 6 la lui accorde-t-il, en ces termes : « Les mineurs mar-« chands peuvent engager et hypothéquer leurs immeubles. » On a dit *engager* pour comprendre un acte qui a quelque analogie avec l'hypothèque, mais qui, cependant, en diffère essentielle-

ment; c'est l'*antichrèse*, qui est un droit de gage sur un immeuble. — Dans l'ancien droit, on avait également reconnu aux mineurs commerçants la faculté d'hypothéquer leurs immeubles, et il n'en pouvait être autrement (1).

Mais n'y a-t-il pas une sorte d'incohérence, de contradiction, à permettre, d'une part, aux mineurs commerçants d'hypothéquer leurs immeubles ; et, d'autre part, à leur défendre de les aliéner ? — C'est ce qu'on a prétendu plus d'une fois, et on a reproché aux rédacteurs du Code de commerce d'avoir admis cette distinction. Mais c'est tout à fait à tort. En effet, entre la constitution de l'hypothèque et l'aliénation d'un immeuble, il y a deux et même trois différences frappantes : — 1° l'hypothèque est un droit accessoire, elle suit naturellement le sort de la créance pour sûreté de laquelle elle est constituée, tandis que l'aliénation d'un immeuble est un acte principal et indépendant de tout autre.

2° L'hypothèque est un élément de crédit : elle peut seule permettre au mineur commerçant de se procurer des fonds immédiatement, pour un besoin urgent, une nécessité imprévue. Il en est tout autrement de l'aliénation d'un immeuble : car une semblable aliénation exige toujours de longs délais, des formalités compliquées, et ne peut jamais s'accomplir instantanément. Si donc le mineur commerçant se trouve contraint d'y avoir recours, il aura toujours le temps nécessaire pour demander l'autorisation du conseil de famille, et il n'y avait dès lors aucune raison de l'affranchir à cet égard des dispositions du droit commun.

3° Enfin l'aliénation dépouillerait immédiatement et irrévocablement le mineur de la propriété de son immeuble, tandis que l'hypothèque ne l'en dépouille pas actuellement, elle lui laisse la possibilité de le conserver.

(1) Dans l'ancien droit, comme aujourd'hui, le mineur marchand pouvait s'engager, pour son commerce, *par devant notaire;* or, dans l'ancien droit toute obligation notariée emportait hypothèque.

J'arrive à un point qui divise les meilleurs esprits.

Le mineur commerçant pourra-t-il être privé de sa capacit et réduit à cesser le commerce, si ceux qui lui ont accordé l'autorisation de le faire la retirent ? Supposons, par exemple, que le mineur, dûment autorisé, ait exercé le commerce pendant 15 ou 18 mois : y aura-t-il pour lui un droit acquis à le continuer, quand même ceux qui l'ont autorisé à le commencer s'y opposeraient ?

Il y a d'abord ici une distinction à faire. Le mineur, quoique commerçant, reste soumis au droit commun, pour tous les actes étrangers au commerce. Ces engagements sont donc sujets à rescision pour cause de lésion, à réduction pour cause d'excès ; quand ils ont été réduits pour cause d'excès, il peut être privé du bénéfice de l'émancipation et remis en tutelle. Si donc le mineur commerçant a contracté des engagements civils, qu'ils aient été réduits, et que par suite on lui ait retiré le bénéfice de l'émancipation, il sera nécessairement privé par cela même de la capacité de faire le commerce et forcé de le cesser : rien de plus évident.

Mais, s'il ne se trouve pas dans ce cas, et que cependant il fasse dans son commerce preuve d'impéritie, si ses opérations sont mal conçues, mal combinées, mal exécutées, ceux qui l'ont autorisé à faire le commerce, étant ainsi trompés dans leur attente, ne pourront-ils pas revenir sur leur autorisation? On soutient la négative, en se fondant sur ce qu'aucun texte n'admet le retrait de l'autorisation, et sur ce qu'il serait choquant qu'on pût faire ainsi succéder la minorité à la majorité.

Je ne saurais admettre cette opinion, qui me paraît tout à fait contraire à l'esprit de la loi. En effet, qu'a-t-elle eu en vue? l'avantage du mineur. Qu'a-t-elle voulu? lui permettre de faire les bénéfices qu'on cherche dans l'exercice du commerce. Mais si, au lieu de bénéfices, il n'éprouve que des pertes, et que ces pertes soient une suite de son inaptitude ou de son imprudence, s'il marche visiblement à sa ruine, faudra-t-il donc lui laisser la triste faculté de la consommer? Non : ce serait re-

tourner contre le mineur, qu'on a voulu protéger, ce qui n'a été établi qu'en sa faveur. Son père ou sa mère ou le conseil de famille l'ont autorisé à faire le commerce, parce qu'ils espéraient qu'il userait de cette autorisation d'une manière conforme à son intérêt; mais, du moment qu'il est démontré qu'il en abuse, qu'il se nuit, c'est un devoir pour eux de la retirer; et selon moi, ils en ont incontestablement le droit.

Toutefois, je mettrais à cette doctrine deux restrictions :

1° Ceux qui ont accordé leur autorisation ne pourraient pas la retirer *arbitrairement*. Les choses ne sont plus entières : il s'agit de revenir sur un fait accompli, consommé, et ceux qui l'ont autorisé, qui que ce soit, le père ou la mère, ou le conseil de famille, ne devraient être admis à revenir sur leur consentement qu'à la condition de soumettre leurs motifs à l'appréciation du tribunal, qui en serait juge; et ce ne serait qu'autant que le tribunal aurait reconnu qu'ils sont suffisamment graves, et que les réclamations actuelles ont leur source dans une véritable sollicitude et une sollicitude éclairée pour la personne et les intérêts du mineur, que l'autorisation pourrait être retirée.

2° Il faudrait que le retrait d'autorisation fût rendu public, qu'il fût porté à la connaissance des tiers, de la même manière que l'autorisation l'a été. — sans quoi les tiers seraient trompés, car ils ne peuvent deviner le retrait de l'autorisation, et ce retrait ne sera censé exister à leur égard qu'autant qu'il leur aura été dûment notifié. — Je crois qu'au moyen de ces deux restrictions tous les intérêts seront sauvegardés et tous les principes conciliés (1).

Enfin, à propos du mineur autorisé à faire des actes isolés de commerce sans être commerçant, il s'élève une question qui est fort débattue. Le mineur jouira-t-il, pour l'acte de commerce qu'il est spécialement autorisé à faire, d'une capacité aussi éten-

(1) Voy. dans le même sens M. Demolombe, *De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. II, nos 352-356.

due que pour les actes de commerce qui se rattachent à sa profession quand il est commerçant? Par exemple, supposons qu'il ait été autorisé à souscrire une lettre de change : pourra-t-il, pour sûreté du paiement de cette lettre de change, constituer une hypothèque sur ses immeubles? On soutient l'affirmative, et on fait un raisonnement qui n'est pas en soi dépourvu de logique : les conditions requises pour que le mineur puisse faire un acte de commerce étant exactement les mêmes que s'il voulait exercer le commerce, on en conclut que sa capacité ne doit pas être moins étendue dans un cas que dans l'autre. Mais je ne saurais admettre cette conséquence : car elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Aux termes de l'art. 6, quels sont les mineurs qui peuvent constituer des hypothèques sur leurs immeubles? Ce sont les mineurs *marchands;* or, dans l'espèce, le mineur n'est pas marchand, et il ne veut même pas le devenir; il se borne à faire un acte de commerce ou quelques actes isolés de commerce, et n'est autorisé qu'à faire ces actes. Il y a donc un argument à tirer du texte de l'art. 6 contre la faculté qu'on voudrait reconnaître au mineur *non commerçant* d'hypothéquer ses immeubles.

D'ailleurs, cet argument est parfaitement conforme à l'esprit de la loi et aux principes généraux du droit. En effet, les mineurs, même commerçants, ne peuvent pas, même pour cause commerciale, *aliéner* leurs immeubles sans remplir les formalités du droit commun. La faculté qu'on leur a attribuée de les hypothéquer est donc, en elle-même, une anomalie : car, en principe, on ne peut hypothéquer que les immeubles qu'on serait en droit d'aliéner. Cette anomalie était commandée par les nécessités du commerce, par les besoins du crédit, et elle a été admise en connaissance de cause; s'il avait été privé de cette faculté, le mineur commerçant n'aurait pu lutter sans désavantage contre ses concurrents. — Mais quand il s'agit d'un mineur non commerçant, toutes ces considérations sont inapplicables, et, dès lors, la faculté d'hypothéquer ses immeubles, qu'on prétend lui attribuer, serait sans cause.

Enfin, ce mineur ne peut faire des actes de commerce, même isolés, sans une autorisation préalable. Dès lors, s'il croit qu'il pourra faire ces actes d'une manière plus avantageuse en constituant hypothèque pour leur sûreté, il n'aura qu'à demander, en même temps que l'autorisation de faire ces actes, l'autorisation de constituer hypothèque pour en garantir l'exécution, et, si elle peut lui être avantageuse, cette autorisation ne lui sera pas refusée. — Ainsi, en fait comme en droit, il n'y a aucune raison de s'écarter des termes de l'art. 6, et de reconnaître à d'autres qu'aux mineurs commerçants la faculté de consentir des hypothèques sur leurs immeubles.

2° DES FEMMES MARIÉES.

J'arrive à la seconde classe de personnes incapables : ce sont les femmes mariées. Pour cette deuxième classe de personnes nous allons trouver plus de difficultés que pour les mineurs. Je pose d'abord un principe fondamental : entre l'incapacité des mineurs et celle des femmes mariées il y a une différence essentielle. Celle des mineurs dérive de la nature, de la faiblesse de leur âge. On peut bien, à certains égards, en relever le mineur, mais non en détruire la cause, le principe, qui subsiste toujours : car c'est un fait naturel, que le législateur ne peut pas changer ni modifier en lui-même. Au contraire, l'incapacité des femmes mariées est purement civile : elle dérive de leur soumission à la puissance maritale : elle est donc l'œuvre, non de la nature, mais de la loi, qui seule a créé cette incapacité.

De là, une conséquence bien simple, mais forcée : si pour relever le mineur de son incapacité il y a des conditions assez nombreuses à remplir, pour relever les femmes de leur incapacité une seule suffit, le consentement du mari. En effet, dès que le

mari donne son consentement, l'incapacité de la femme n'a plus de raison d'être, elle est sans cause : elle s'évanouit donc, elle disparaît complétement. La seule condition requise pour que la femme puisse faire le commerce, c'est donc le consentement du mari.

Toutefois il y a un cas où ce consentement ne suffirait pas; c'est celui où la femme serait à la fois mineure et mariée. Dans ce cas, en effet (et il y a des auteurs qui s'y sont trompés), la femme n'est pas seulement régie par l'art. 4, elle est régie aussi par l'art. 2 : car il n'y a pas dans sa personne une seule incapacité, il y en a deux, une incapacité naturelle et une incapacité civile. Comme mineure, elle sera tenue, pour se faire relever de l'incapacité dont elle est frappée en cette qualité, de remplir toutes les conditions imposées aux mineurs en général : car l'art. 2 ne distingue pas s'ils sont de l'un ou de l'autre sexe, mariés ou non mariés. La femme mineure sera donc tenue de justifier : 1° qu'elle est émancipée (elle le sera toujours, puisque le mariage emporte toujours l'émancipation); 2° qu'elle a 18 ans révolus; 3° qu'elle a été dûment autorisée; 4° que l'acte d'autorisation a été enregistré et affiché. Cela fait, elle sera débarrassée de son incapacité naturelle. Mais, comme elle est mariée, elle restera sous le coup de l'incapacité civile, qui ne cessera qu'autant que le mari aura donné son consentement. Elle n'aura donc pas une condition de moins à remplir que les mineurs en général; elle en aura, au contraire, une de plus : il lui faudra le consentement du mari, — parce que dans sa personne il y a concours de deux sortes d'incapacité, d'une incapacité naturelle résultant du défaut d'âge, et d'une incapacité civile résultant de sa soumission à la puissance maritale (1).

Dans quelles formes, de quelle manière le consentement du mari sera-t-il donné? Ici, nous avons à mettre en parallèle le

(1) Voy. en ce sens M. Massé, *le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. II, n° 1114, p. 276 de la 2e édition.

droit commun et le droit commercial, qui diffèrent essentiellement, et statuent sur des faits de nature fort diverse. Il faut distinguer, suivant que la femme veut contracter des engagements isolés (civils ou commerciaux, peu importe), ou qu'elle veut exercer la profession du commerce. Quand il s'agit d'engagements déterminés, limités, c'est le droit commun qui est applicable; cette hypothèse est régie par l'art. 217 du Code Napoléon, d'après lequel, pour que la femme puisse s'obliger valablement, il faut qu'elle obtienne ou le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. Le Code de commerce ne s'est pas occupé de ce cas, et il n'avait pas à s'en occuper, car le droit commun suffisait, — tandis qu'il a dû s'occuper du cas où le mineur voulait faire des actes de commerce isolés, parce que, d'après le droit commun, il ne le pouvait pas, son incapacité étant absolue, et le droit commun ne fournissant aucun moyen de la faire cesser, pas plus pour les actes de commerce que pour les autres actes qui ne peuvent être faits par le tuteur. Dès lors, si la femme a fait des actes de commerce isolés, même au vu et su de son mari et sans opposition de sa part, ces actes seront nuls : ni les tiers ni la femme ne pourront prétendre qu'elle était valablement autorisée, parce que le consentement du mari, en supposant qu'il existât, n'aurait pas été donné dans la forme prescrite, et qu'un consentement qui n'est pas manifesté dans la forme voulue est comme non avenu. Il ne produit pas plus d'effet que s'il n'existait pas.

Au contraire, supposons que la femme veuille exercer la profession du commerce : c'est un cas dont le Code civil ne s'est pas occupé, il est resté en dehors de ses prévisions et de ses dispositions. Il était du ressort du Code de commerce, qui l'a réglé par l'art. 4, ainsi conçu : « La femme ne peut être marchande « publique sans le consentement de son mari. » — Cet article n'exige, pour la femme qui veut devenir commerçante, d'autre consentement que celui du mari, et il n'en subordonne la validité à aucune condition de forme, à aucun mode particulier de manifestation ou de constatation. Si donc la femme a exercé le

commerce au domicile conjugal, sous les yeux de son mari, il n'en faudra pas davantage pour qu'elle soit commerçante : car le consentement même tacite du mari suffit pour cela. C'est un point constant en droit et en jurisprudence (1). — On le voit donc, il ne faut pas confondre des actes isolés avec l'exercice du commerce : car ces deux ordres de faits, différents en eux-mêmes, sont régis par deux ordres différents de législation : l'un relève du droit civil seul, l'autre du droit commercial seul ; et ces deux droits présentent à cet égard une différence on ne peut plus tranchée, puisque pour les actes isolés on ne pourra avoir égard au consentement du mari, en tenir compte, qu'autant qu'il sera formulé par écrit, tandis que pour l'exercice du commerce on se contentera du consentement du mari, sous quelque forme qu'il se produise, fût-il même simplement tacite.

Toutefois, il faut, à cet égard, éviter une confusion : Lorsque le mari sera commerçant, il arrivera souvent que la femme prendra part aux opérations de son commerce et même une part très-active ; qu'elle tiendra les livres, la caisse, fera la correspondance, signera les factures, les lettres de change, les billets à ordre, etc. Dans ce cas, faudra-t-il la considérer comme commerçante ? Non, en général : car elle ne servira que d'auxiliaire, de préposé au mari. Aussi l'art. 5 dit-il, dans son 2e paragraphe : « Elle « n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que « détailler les marchandises du commerce de son mari ; elle n'est « réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé. » — Mais, quoique le mari lui-même soit commerçant, rien n'empêchera que la femme ne le soit aussi. Seulement, il faudra pour cela qu'elle fasse un commerce, non pas différent de celui du mari, mais séparé, c'est-à-dire à elle propre. La distinction se tire, non pas de la diversité du commerce, mais de la séparation des intérêts. En un mot, il faudra que la femme ait une existence indépendante.

(1) Ainsi jugé par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 27 avril 1841 (Dev.-Car., 41, 1, 385).

— Ici se présente une question fort controversée par les auteurs, fort diversement resolue par les tribunaux, et d'une grande importance théorique et pratique. C'est une question de principe et de pratique. Lorsque le mari refusera d'autoriser sa femme à faire le commerce, la justice pourra-t-elle l'y autoriser? La jurisprudence du tribunal de première instance est en opposition sur cette question avec la jurisprudence de la Cour de Paris : le tribunal refuse l'autorisation que la Cour accorde (1).

Il ne faut pas confondre ici le droit commun et le droit commercial, qui diffèrent comme les faits auxquels ils s'appliquent.

En droit commun, si, d'une part, le consentement du mari est assujetti à la formalité d'un écrit, d'autre part ce consentement n'est pas absolument nécessaire, indispensable, en ce sens qu'il peut être suppléé par la justice : si donc le mari refuse à tort d'autoriser la femme à contracter un engagement, elle aura le droit de se pourvoir devant le tribunal, qui pourra, en connaissance de cause, lui accorder l'autorisation refusée par le mari. C'est un principe constant et reconnu par plusieurs articles, notamment par l'art. 219 du Code civil. Mais, quand la femme voudra, non pas seulement faire des actes de commerce isolés, mais exercer la profession du commerce, pourra-t-elle, si le mari refuse son consentement, se faire autoriser par la justice ? Cette hypothèse est, en elle-même, toute commerciale, elle n'a rien de civil : elle doit donc être régie par les dispositions du Code de commerce, non par celles du Code civil. Or, l'art. 4 porte que « la femme ne peut être marchande publique sans le consente-« ment de son mari. » Il ne dit pas *sans l'autorisation ;* il dit *sans le consentement.* Une autorisation peut se suppléer ; mais le consentement, jamais : il existe ou il n'existe pas, il n'y a pas de milieu. Cependant on veut appliquer à ce cas le droit commun, et bon nombre de tribunaux, la Cour impériale de Paris notamment, je l'ai déjà dit, ne font pas de difficulté, quand les circons-

(1) Jugement du tribunal de la Seine, du 19 mai 1860, infirmé par la Cour de Paris, le 7 juillet suivant (*Gazette des Trib.* du 20 juillet 1860).

tances sont favorables, d'autoriser les femmes mariées à faire le commerce. C'est là, selon moi, une violation de la loi, une extension arbitraire et abusive du droit commun à un cas pour lequel il n'est pas fait et qui est exclusivement du ressort de la législation commerciale.

Mais envisageons cette question à un point de vue moins restreint, plus élevé, et nous reconnaîtrons qu'il n'est pas possible d'admettre ici l'intervention de la justice, qu'elle serait contraire aux principes généraux du droit et à la nature même des choses. D'abord, si les époux sont mariés en communauté, les engagements que la femme contracte pour son commerce obligent le mari comme la femme : dès lors, comment serait-il possible d'admettre que la femme pourrait se passer de son consentement au moins tacite, implicite, tel qu'il résulte de l'autorisation de faire le commerce, donnée par le mari à la femme? Évidemment, c'est inadmissible, impossible.

Supposons donc, sans quoi la question ne pourrait pas, ce me semble, s'élever, que les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. Alors, sans doute, le consentement du mari n'est plus indispensable pour la même raison : car les engagements que la femme contractera lui resteront propres et ne s'étendront pas jusqu'au mari. Mais il y a d'autres raisons qui ne permettent pas d'admettre, même dans ce cas, l'intervention de la justice. En effet, entre des actes isolés de commerce et la profession du commerce, quelle différence n'y a-t-il pas? Des actes isolés ne sont que des pactes avec des particuliers, et ils ne seront jamais bien fréquents, bien réitérés; la profession du commerce, au contraire, est un pacte avec le public, un ensemble de rapports permanents, de relations suivies avec le monde commercial en général, avec le public tout entier. Or, concevrait-on que la femme pût, malgré son mari, introduire le public dans le domicile de ce dernier? car elle n'a pas, elle ne peut avoir d'autre domicile que celui de son mari. N'y aurait-il pas là une atteinte profonde à la puissance maritale? ne serait-ce pas une interversion de rôles choquante et inadmissible?

Il faudrait donc supposer que la femme est séparée de corps : car c'est seulement dans ce cas qu'elle peut avoir un domicile à elle, distinct de celui du mari. Eh bien ! même dans ce cas, ne faudrait-il pas distinguer si la séparation de corps a été prononcée pour elle ou contre elle ? car, si elle avait été prononcée contre elle, ne serait-il pas étrange qu'elle pût s'en prévaloir? Mais supposons que c'est la femme qui a demandé et obtenu la séparation de corps, et, pour le dire en passant, ce n'est guère que dans ce cas que la question dont il s'agit s'est présentée devant les tribunaux. Même dans cette hypothèse, je ne saurais, pour mon compte, admettre l'intervention de la justice. Elle me paraît reposer sur une confusion manifeste entre deux sortes de faits, qu'on ne saurait trop soigneusement distinguer, car ils diffèrent essentiellement : entre les actes de commerce isolés et la profession du commerce. Quand il s'agit d'actes isolés, déterminés, il est tout simple que la justice puisse, à défaut du mari, donner son autorisation : car elle peut apprécier les conséquences de l'acte qu'elle autorise, conséquences limitées, déterminées comme cet acte même : elle agit donc en connaissance de cause. Mais la profession du commerce suppose une masse d'actes indéterminés, illimités, soit quant à leur nombre, soit quant à leur chiffre, et, de plus, des chances, qui sont inséparables du commerce. Il y a donc là quelque chose qui échappe à toute appréciation, quelque chose, par conséquent, qui sort du domaine judiciaire : la justice, en pareil cas, ne pourrait donner son autorisation qu'en aveugle, ou plutôt de confiance ; or, cette confiance, le mari peut bien l'avoir dans sa femme, mais la justice n'en saurait faire la base d'une autorisation qu'elle ne peut jamais donner qu'en parfaite connaissance de cause. La question, ainsi posée, est par cela même résolue : car il en résulte qu'elle est de la compétence du mari, et nullement de celle de la justice. Au surplus, c'est dans ce sens qu'elle a été résolue par la loi elle-même, à laquelle il faut toujours, en définitive, en revenir, — par le texte de l'art. 4. Cet article n'admet ni distinction, ni exception : il est conçu dans les termes les

plus absolus. C'est là une disposition d'ordre public, et il faut la maintenir dans toute sa rigueur; si on admet une exception, une seule, il n'y a plus de règle, et on tombe complétement dans l'arbitraire (1).

— Voilà quelles sont les conditions requises pour que la femme devienne commerçante.

Voyons quels seront les actes qu'elle pourra faire en cette qualité. D'abord, il est clair que sa capacité ne saurait être moins étendue que celle du mineur : car les nécessités du commerce sont les mêmes à son égard qu'à l'égard du mineur, et son incapacité est de telle nature que la cause, à la différence de celle du mineur, peut être complétement neutralisée. Il suit de là que la femme pourra, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, sans même avoir besoin de lui en donner connaissance, faire tous les actes que comporte le commerce auquel elle se livre : acheter ou vendre des marchandises, souscrire, accepter, endosser des lettres de change, etc. Aussi l'art. 5 dit-il : *sans l'autorisation de son mari*, — c'est-à-dire sans l'autorisation spéciale : car il y a bien de la part du mari une autorisation implicite, résultant du consentement qu'il a donné à ce que sa femme fît le commerce : en effet, qui veut la fin veut les moyens; mais, dans la sphère de son commerce, la femme agira avec pleine liberté, complète indépendance.

— Ici se présentent deux questions, que j'ai examinées à l'égard du mineur, et qu'il faut résoudre de la même manière à l'égard de la femme. D'abord sa capacité s'étendra-t-elle à tous les actes de commerce qu'elle pourra faire, ou sera-t-elle limitée aux actes relatifs au genre de commerce qu'elle exerce? Je décide, pour la femme comme pour le mineur, que sa capacité doit être circonscrite dans la sphère de son commerce. Il n'y a aucune raison de l'étendre à d'autres actes, quand même ils seraient com-

(1) En ce sens, voy. notamment M. Demolombe, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, n° 248, p. 316 et suiv. de la 2e édition.

merciaux : car le mari l'a autorisée implicitement à faire tout ce que son commerce exigerait, mais rien au-delà, puisque son consentement n'est qu'une conséquence de celui qu'il a donné à ce que la femme exerçât tel ou tel genre de commerce. Au surplus, la question est tranchée en ce sens par les art. 5 du Code de commerce et 1426 du Code Napoléon, qui disent, l'un et l'autre, SON *commerce*, SON *négoce*.

Mais une autre question plus grave sera celle de savoir si les actes faits par la femme, quand la cause n'en sera pas indiquée, seront présumés civils ou commerciaux. L'intérêt de cette question est fort grand, plus grand même que quand il s'agit des mineurs : car, si l'engagement contracté par la femme est réputé civil, il sera nul ; la nullité pourra en être demandée, non-seulement par la femme, mais encore par le mari, et elle devra être prononcée, sans qu'il soit besoin d'alléguer ni de prouver la lésion, pour défaut d'autorisation maritale. Au contraire, si l'engagement est réputé commercial, il vaudra comme tel, emportera contre la femme les conséquences rigoureuses attachées à cette nature d'engagements, et, si les époux sont mariés en communauté, il obligera, non-seulement la femme, mais encore le mari.

L'intérêt de la question est donc fort grand. Comment faut-il la résoudre? Comme je l'ai résolue pour les mineurs. La capacité de la femme est restreinte ; elle n'est relevée de son incapacité que par exception et pour les opérations qui se rattachent à son commerce. Pour toutes les autres, elle reste incapable : dans le doute, il faut donc se prononcer plutôt en faveur de la règle que pour l'exception ; c'est aux tiers à faire consigner dans l'acte la cause de l'engagement (1).

Maintenant supposons qu'il s'agit des engagements contractés

(1) Je crois, au contraire, que la deuxième disposition de l'art. 638 est applicable aux billets souscrits par la femme qui fait valablement le commerce (V. ci-dessus, p. 81, la note). Comp., dans le même sens, M. Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 460 et 461 ; M. Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, nos 300 et 301.

par la femme comme auxiliaire, comme préposée de son mari, et voyons quelle sera la valeur de ces engagements. Ils n'obligeront pas la femme, car elle ne les a pas contractés en son nom ; et les eût-elle contractés en son nom, eût-elle déclaré vouloir s'obliger personnellement, elle ne l'aurait pas pu : car il lui aurait fallu pour cela le consentement par écrit de son mari, et il n'y a eu de sa part qu'un consentement tacite. Mais ils obligeront le mari, dont elle est le mandataire, comme s'il avait agi lui-même : car ce que fait le mandataire est censé fait par le mandant, et le mandat peut être donné aussi bien tacitement qu'expressément. Bien entendu, si le mari n'avait pas eu connaissance de ces actes, si les circonstances ne permettaient pas d'admettre un mandat tacite de sa part, les engagements contractés par la femme seraient nuls même à l'égard du mari.

Nous arrivons à nous demander si la femme commerçante pourra faire certains actes qui en eux-mêmes sont essentiellement civils. Cette question, pour les femmes comme pour les mineurs, s'applique aux hypothèques ou antichrèses et aux aliénations d'immeubles. Une réflexion que j'ai déjà indiquée et qui trouve ici son application, c'est qu'il est impossible de refuser aux femmes ce que l'on accorde aux mineurs : leur capacité ne saurait être moins étendue. Dès lors, puisque les mineurs peuvent hypothéquer, les femmes le pourront à plus forte raison. Mais ne devait-on pas reconnaître aux femmes une capacité plus étendue qu'aux mineurs? Oui : car l'incapacité des mineurs ne peut être supprimée ; quoi qu'on fasse, la cause en subsistera toujours, puisque c'est la faiblesse de l'âge. Au contraire, l'incapacité de la femme dépendant uniquement de sa soumission à la puissance maritale, il s'ensuit que, quand le mari a consenti, le principe même de cette incapacité cesse ; elle est détruite dans sa cause, coupée en quelque sorte jusque dans sa racine : la capacité de la femme doit donc être la même que si elle n'était pas mariée, ou avait obtenu l'autorisation spéciale et par écrit du mari.

De là il résulte qu'à la différence du mineur la femme pourra même aliéner ses immeubles; mais il faudra : 1° que ce soit pour les besoins de son commerce; 2° que les immeubles qu'elle veut aliéner ne soient pas en eux-mêmes frappés d'inaliénabilité.

Il y a, en effet, des immeubles que la femme commerçante ne pourrait pas aliener même pour les besoins de son commerce; ce sont ceux qui, d'après le droit commun, sont *inaliénables*, qu'elle ne pourrait pas aliéner si elle n'était pas commerçante, même avec le consentement formel et *spécial* de son mari : car ce qu'elle ne pourrait faire, en règle générale, d'après le droit commun, même avec l'autorisation spéciale de son mari, il est clair qu'elle ne peut le faire, quand elle est commerçante, en vertu de l'autorisation générale résultant de ce qu'elle est autorisée à faire le commerce.

Cela s'applique aux immeubles qui, d'après les principes particuliers au régime dotal, sont frappés d'inaliénabilité. C'est ce que porte l'art. 7, dont le dernier alinéa est ainsi conçu : « Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous « le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que « dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code « Napoléon. » — Du reste, il y a ici une inexactitude de rédaction que je dois rectifier en passant. L'art. 7, qui, avec grande raison, met ici l'hypothèque sur la meme ligne que l'aliénation, porte : « Leurs biens *stipulés dotaux*, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être, etc. » Il semblerait donc qu'il est absolument nécessaire que les époux soient mariés sous le régime dotal et que les immeubles de la femme *aient été stipulés dotaux*. C'est bien là, sans doute, un cas d'inaliénabilité, et même le plus fréquent, le plus ordinaire. Mais il y en a un autre; c'est celui où des immeubles sont donnés à la femme, dans le contrat de mariage même contenant stipulation du régime dotal : dans ce cas il y a *dotalité tacite* : les immeubles ainsi donnés sont de plein droit frappés de dotalité, et tout aussi bien inaliénables que s'ils avaient été stipulés dotaux. Il faut

donc rectifier ou plutôt compléter dans ce sens le second alinéa de l'art. 7, dont la disposition ne présente, d'ailleurs, en elle-même aucune difficulté. En cas de revers, si, par suite des chances du commerce, elle est réduite à tomber en faillite, la femme pourra trouver dans cette inaliénabilité, qui subsistera toujours, des moyens d'existence pour elle et pour sa famille.

Ainsi, au point de vue de l'aliénation des immeubles, la capacité de la femme est, en général, plus étendue que celle du mineur. Mais, d'un autre côté, et cela peut, au premier abord, paraître étrange, inexplicable, la capacité de la femme est plus restreinte que celle du mineur : car, aux termes de l'art. 215, fût-elle marchande publique, elle ne peut pas ester en justice sans l'autorisation de son mari, ou, s'il la refuse, sans l'autorisation de la justice. Cette disposition serait inexplicable si l'on considérait l'autorisation du mari comme destinée à sauvegarder les intérêts pécuniaires de la femme. En effet, la femme peut sans cette autorisation contracter des engagements pour des sommes illimitées; et, quand elle ne fait que réclamer l'exécution d'un engagement commercial, le paiement d'une marchandise qu'elle a vendue, quel besoin a-t-elle d'une autorisation spéciale pour la conservation de ses intérêts? Cela tient à la nature de son incapacité, à la puissance maritale. Si elle n'était pas mariée, elle n'aurait besoin d'aucune espèce d'autorisation; mais la puissance maritale a paru intéressée à ce que la femme ne pût se présenter en justice, affronter un débat public, sans que le mari en fût au moins averti, sans que son autorisation lui fût demandée; du reste, s'il la refuse, la justice y suppléera.

Voilà les conséquences directes de la qualité de femme commerçante, les effets qu'elle produit.

Voyons maintenant ses conséquences indirectes, si je puis parler ainsi, et ce ne sont pas les moins graves. D'après l'art. 5 du Code de commerce et une disposition identique du Code Napoléon (art. 220), quand la femme commerçante est mariée en communauté, ses engagements commerciaux ne l'obligent

pas seulement elle-même, ils obligent en outre le mari (1); et il en résulte des conséquences véritablement exorbitantes, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des tiers. En effet, il en résulte que la femme pourra, par des engagements téméraires, inconsidérés, ou même par suite des chances inséparables du commerce, non-seulement se ruiner elle-même, mais ruiner la communauté et le mari. Il en résulte qu'une seule signature de la femme suffit pour que celui qui l'a obtenue, si c'est pour une cause relative au commerce de la femme, ait trois obligés au lieu d'un : la femme, la communauté, le mari ; — un droit de gage sur trois patrimoines, celui de la femme, celui de la communauté, celui du mari. Il y a là une accumulation de garanties vraiment exorbitante. On voit donc combien, quand les époux sont mariés en communauté, il est impossible d'admettre que la justice puisse à défaut du mari autoriser la femme à faire le commerce : car les conséquences de cette autorisation, si graves, si exorbitantes, alors même que l'autorisation émane du mari, seraient souverainement iniques, injustifiables, si elle émanait de la justice.

Mais le mari ne pourra-t-il pas au moins repousser l'action du créancier, en lui disant : « Je n'ai pas profité de l'engagement contracté par ma femme; d'ailleurs, je vous abandonne tout ce qui me provient de la communauté; mais je ne puis être responsable sur mes biens personnels, qui m'appartenaient avant que ma femme fût devenue commerçante et même avant le mariage? » Cette exception sera-t-elle recevable? Nullement : car, si la coobligation du mari est subordonnée à l'existence de la communauté, elle n'est pas limitée à l'actif de la communauté, elle est, au contraire, illimitée. Le mari, tenu d'une action personnelle, qui, comme toutes les actions de ce genre, s'étend à tous les biens meubles ou immeubles, présents ou à venir, — le mari sera donc responsable indéfiniment de tous les engagements commerciaux contractés par sa femme, quand même il n'en aurait retiré aucun profit, n'y aurait pris aucune part, n'en aurait

(1) Voy. aussi l'art. 1426 du Code Napoléon.

même eu aucune connaissance! En effet, l'art. 5 est on ne peut plus formel à cet égard; il dit : « La femme, si elle est marchande « publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour « ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son « mari, s'il y a communauté entre eux. » *Sans l'autorisation de son mari*, c'est-à-dire sans l'autorisation *spéciale*; et *audit cas*, c'est-à-dire quand même le mari n'aurait pas autorisé spécialement la femme, quand même il aurait ignoré l'engagement, il n'en sera pas moins obligé, obligé personnellement, indéfiniment.

— Ici se présente une question qui n'est pas sans difficulté : le mari, par suite des engagements commerciaux de sa femme, pourra-t-il être condamné même *par corps*? sera-t-il tenu des engagements de sa femme, non-seulement sur tous ses biens, mais encore dans sa personne et jusque dans sa liberté? la femme pourra-t-elle, par des engagements, peut-être téméraires, inconsidérés, non-seulement ruiner son mari, mais encore le priver de sa liberté?

Cette question s'était déjà élevée dans l'ancien droit, et des auteurs d'un grand poids, notamment Savary, Jousse et Pothier, la décidaient en faveur des créanciers de la femme et contre le mari; cette doctrine avait été consacrée par la jurisprudence. Aujourd'hui, la plupart des auteurs enseignent la même doctrine, et, je le reconnais, l'autorité de l'ancienne jurisprudence et des anciens auteurs est fort grave : car la situation est restée ce qu'elle était dans l'ancien droit; la position respective du mari et des créanciers de la femme n'a pas changé, et il semble dès lors qu'une doctrine qui avait prévalu dans l'ancien droit ne saurait être repoussée aujourd'hui.

A cela on peut ajouter que l'art. 5 paraît favorable à cette doctrine : car il semble mettre le mari et la femme sur la même ligne, exclure toute distinction entre eux, les rendre également responsables, et responsables de la même manière.

Toutefois, je crois que toutes ces considérations ne doivent pas prévaloir. En effet, elles amèneraient à une conséquence choquante, inadmissible, savoir que, par cela seul que la femme

serait commerçante, le mari le deviendrait, alors même qu'il serait resté personnellement étranger au commerce de la femme : car, pour qu'il soit contraignable par corps, il faut qu'il soit considéré comme engagé commercialement; or, comme il est engagé envers tous les créanciers commerciaux de la femme, s'il était engagé envers eux commercialement, il serait, par cela même, commerçant au même titre que sa femme elle-même : il serait donc, non-seulement contraignable par corps, mais susceptible d'être déclaré en faillite. Et qui ne reculerait devant une semblable conséquence! Raisonnablement le mari peut-il être présumé vouloir assumer une pareille responsabilité?

D'ailleurs, la lui imposer, non-seulement ce serait tomber dans une monstrueuse exagération, mais encore ce serait s'écarter des principes fondamentaux du droit. En effet, d'où dérive la coobligation du mari? est-ce de la commercialité des actes faits par la femme? la coobligation du mari doit-elle être considérée comme participant à la nature commerciale de ces actes? Nullement : car, en supposant que la femme ne fût pas commerçante, le mari, s'il était marié en communauté, et qu'il eût autorisé sa femme à contracter un engagement quelconque, pour une cause même entièrement civile, n'en serait pas moins personnellement obligé, comme la communauté, envers le créancier. C'est ce qui résulte de l'art. 1419 du Code Napoléon, ainsi conçu : « Les « créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la « femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur « tous les biens de la communauté que sur ceux du mari ou de « la femme..... » La seule différence qu'il y ait entre ce cas et celui où la femme est commerçante, c'est que, quand elle n'est pas commerçante, elle ne peut s'obliger valablement qu'avec le *concours* du mari ou son *consentement par écrit*, — tandis que, quand elle est commerçante, l'autorisation accordée à la femme de faire le commerce suffit pour qu'elle puisse valablement s'engager pour tous les actes relatifs à son commerce, et par suite obliger la communauté et le mari. Il y a donc une différence de forme entre ces deux hypothèses; mais au fond la disposition de la loi

est la même : pas plus dans un cas que dans l'autre, le mari n'est tenu envers le créancier comme obligé direct, il n'est tenu que comme chef de la communauté et en vertu du principe que, toutes les fois que la communauté est obligée, le mari lui-même l'est. Par conséquent, la coobligation du mari n'est qu'un reflet de l'obligation de la communauté elle-même, et par suite elle a un caractère purement civil : car elle a sa source dans un principe essentiellement civil, et complétement indépendant de la nature commerciale ou civile de l'engagement contracté par la femme. En un mot, elle dérive, non de ce que le mari serait considéré comme l'auteur des actes, ou le co-auteur, mais uniquement de ce qu'il est le chef de la communauté. De là il résulte que, si les créanciers peuvent assigner la femme devant le tribunal de commerce, la faire condamner par corps, et en cas de cessation de paiements la faire déclarer en faillite, ils ne sauraient avoir le même droit contre le mari : ils ne pourront l'assigner que devant le tribunal civil, il n'y aura pas lieu de le condamner par corps, et il ne sera pas susceptible d'être déclaré en faillite, quand même cette déclaration serait prononcée contre sa femme,—parce qu'elle est commerçante et qu'il ne l'est pas, qu'elle a fait des actes de commerce et qu'il n'en a pas fait, qu'il a simplement autorisé sa femme à en faire. Voilà comment cette question me paraît devoir être résolue (1).

— Je passe à une autre, qui est également controversée, et diversement résolue.

La coobligation du mari, telle que je viens de l'expliquer, est-elle restreinte au seul cas de communauté, ou peut-elle être admise sous les autres régimes? Quelle est, à cet égard, la position du mari, soit sous le régime sans communauté, soit sous le régime de la séparation de biens, soit sous le régime dotal? D'abord il faut remarquer qu'ici, et au point de vue qui nous

(1) Voy. dans le même sens MM. Delamarre et Lepoitvin (t. 1er, nº 68, p. 135 de la 2e édition); Molinier (t. 1er, nº 184), et Demolombe (*Traité du mariage*, t. II, nº 313).

occupe, le régime dotal se confond, d'une part, avec le régime de la séparation de biens, quant aux paraphernaux ; d'autre part, avec le régime sans communauté, quant aux biens dotaux. En effet, les droits du mari et de la femme sur les biens paraphernaux sont les mêmes que sous le régime de la séparation de biens : chacun des époux conserve la propriété, la jouissance et l'administration de ses biens personnels. Pareillement, les droits de la femme et du mari quant aux biens dotaux sont les mêmes que sous le régime sans communauté : le mari a, comme sous ce régime, la jouissance et l'administration des biens de la femme ; le régime dotal n'a de particulier et de véritablement distinctif que l'*inaliénabilité* des immeubles dotaux.

La question ne peut donc s'élever que pour le cas de séparation de biens et pour celui de régime sans communauté. Mais pour le régime de séparation de biens, elle ne peut présenter aucun doute : car elle est tranchée par le texte et par l'esprit de la loi. Par son texte : l'art. 5 ne reconnaît la coobligation du mari qu'autant qu'il y a communauté. Par l'esprit de la loi : sous le régime de séparation de biens, le mari, comme je l'ai dit, n'a ni la jouissance ni l'administration des biens personnels de la femme ; par conséquent, il ne profite ni directement, ni indirectement, des bénéfices qu'elle peut faire dans son commerce ; il n'y a donc aucune raison de le soumettre à la responsabilité des engagements que la femme peut contracter pour ce même commerce. Il en sera donc affranchi ; cela ne saurait être douteux.

Mais arrivons au cas où les époux sont mariés sous le régime sans communauté. Ici, il peut y avoir quelque raison de douter : car, sous ce régime, le mari a l'administration et la jouissance des biens personnels de sa femme, et l'on en conclut que les bénéfices qu'elle peut faire dans son commerce lui profitent, lui appartiennent en propre, et que par suite il doit être responsable des engagements commerciaux qu'elle contracte, comme sous le régime en communauté. Mais je ne saurais admettre cette opinion ; je la repousse par une raison de droit, et par une considération d'équité.

En droit, la coobligation du mari n'est qu'un reflet de l'obligation de la communauté elle-même : donc, lorsqu'il n'y a pas de communauté, cette coobligation n'a pas de raison d'être. L'art. 5 du Code de commerce, en effet, n'est qu'une application à un cas particulier de la disposition générale de l'art. 1419 du Code Napoléon, et c'est pourquoi il dit que la femme oblige le mari *lorsqu'il y a communauté entre eux :* dès lors point de communauté, point de coobligation du mari. Voilà la raison de droit. Quant à la considération d'équité, elle n'est pas moins frappante. Sur quoi se fonde le système que je combats? Sur cette donnée que les bénéfices commerciaux réalisés par la femme seraient des fruits, des revenus, et comme tels appartiendraient au mari. Or pouvons-nous admettre qu'il en soit ainsi? Voici la conséquence qui en résulterait :

La femme fera le commerce à ses risques et périls ; elle en courra toutes les chances, chances souvent désastreuses ; elle risquera sa fortune, sa liberté, sa considération ; elle subira toutes les charges, tous les inconvénients du commerce, et cependant elle n'aura aucun des avantages qu'il présente, puisque tous les bénéfices qu'elle pourra faire appartiendront en propre, exclusivement, au mari! Je le demande, est-ce possible? et un système qui aboutirait forcément, fatalement, à une pareille conséquence, n'est-il pas par cela même condamné? S'il était admis, je ne crois pas que jamais une femme mariée sous le régime sans communauté consentit à exercer le commerce : elle ne le pourrait sans compromettre manifestement ses intérêts : elle aurait tout à perdre, rien à gagner.

D'ailleurs, la donnée sur laquelle ce système se fonde, n'est-elle pas, en elle-même, dépourvue d'exactitude? Est-ce qu'on peut raisonnablement et juridiquement considérer les bénéfices commerciaux comme des fruits? Évidemment non. Quelle est, en effet, l'idée que présentent à l'esprit ces mots *fruits* et *revenus*? C'est l'idée d'un produit périodique, qui naît et renaît de la chose à des époques fixes, régulières ; or, y a-t-il rien de semblable dans les bénéfices qu'on peut réaliser dans le com-

merce? Est-ce qu'on peut savoir d'avance si l'on fera des bénéfices ou des pertes, quand, quel jour, à quel moment, et quelle en sera la quotité? Assurément non. — D'un autre côté, est-ce que les mots *fruits* et *revenus* n'impliquent pas encore une autre idée, l'idée que ce sont des *accessoires* d'une chose principale? or, cela peut-il s'appliquer aux bénéfices commerciaux? En aucune façon : car, dans le commerce, les bénéfices peuvent égaler, dépasser le capital à l'aide duquel on les obtient, doubler, tripler, quadrupler ce capital, — comme aussi, en sens inverse, les pertes qu'on éprouve peuvent diminuer le capital dans une proportion plus ou moins forte, et même l'absorber entièrement. On le voit donc, sous quelque rapport qu'on les envisage, les bénéfices commerciaux n'ont rien de commun avec les fruits et revenus ; ce sont des capitaux, acquis au moyen d'autres capitaux qu'on risque, qu'on soumet aux chances du commerce.

Il n'y a donc aucun motif, quand les époux sont mariés sans communauté, pour soumettre le mari à la responsabilité des engagements contractés par la femme commerçante : ni le texte de la loi, ni son principe, ni les raisons de droit, ni les considérations d'équité ne le permettent.

Mais, en admettant cette décision, ne faudrait-il pas y mettre une restriction, y apporter un tempérament? Sous le régime sans communauté, le mari a la jouissance des biens personnels de sa femme : dès lors, s'il n'a pas la propriété des bénéfices qu'elle peut faire dans son commerce, n'en a-t-il pas au moins la jouissance, et, dès lors, ne doit-il pas être tenu des intérêts des sommes dues par la femme pour raison de son commerce? C'est ce qu'on soutient (1), et cette espèce d'amendement a en soi quelque chose d'assez logique et même d'assez conforme à l'équité. — Je ne crois pas cependant qu'on doive s'y arrêter. En effet, l'art. 5 ne comporte pas cette distinction : il ne reconnaît le mari pour coobligé de sa femme qu'autant qu'il y a communauté entre eux. Si donc il n'y a pas de communauté,

(1) Telle paraît être l'opinion de M. Demolombe (*Mariage*, t. II, n° 316).

il n'est pas plus obligé pour les intérêts que pour le capital des dettes qu'elle a contractées : toute cause de coobligation disparaît.

Ajoutons, à l'appui de cet argument de texte, deux considérations. — En premier lieu, le mari n'aura la jouissance des bénéfices commerciaux de sa femme qu'autant qu'elle les aura retirés du commerce, qu'elle les aura placés, par exemple, en fonds de terre, en maisons ; et cela arrivera rarement : en général, tant qu'elle fera le commerce, elle emploiera ses fonds à ses opérations, et si elle fait des bénéfices, elle en profitera pour donner plus d'extension à son commerce. En second lieu, il n'est pas nécessaire de soumettre le mari au paiement des intérêts des sommes dues par la femme pour justifier son droit de jouissance sur les valeurs que le commerce lui aura procurées. En effet, il ne faut pas le perdre de vue, le mari avait l'administration et la jouissance des capitaux que sa femme a employés dans le commerce. En consentant à ce qu'elle fît le commerce, il a renoncé à son droit d'administration et de jouissance, tant que durerait le commerce ; il a même consenti, dans l'intérêt de la femme, à courir une chance à laquelle il n'était pas soumis, la chance de diminution et même de perte de son droit de jouissance, par la diminution ou la perte des sommes sur lesquelles ce droit porte. Il a donc naturellement droit à une compensation ; eh bien ! cette compensation, ce sera une extension de son droit de jouissance par l'augmentation des sommes appartenant à la femme, et qui ont fructifié dans le commerce. On doit assimiler ce mari à un commanditaire qui court la chance de perdre son apport, qui le risque, mais qui, en même temps et par compensation, a droit aux bénéfices qui peuvent en résulter, bénéfices qui peut-être dépasseront, et même de beaucoup, la somme apportée par le commanditaire, qui, dans aucun cas, n'est tenu personnellement des dettes (1).

Il ne me reste plus qu'une dernière question à examiner :

(1) Voy. en ce sens M. Molinier, t. 1er, p. 159.

Lorsque la femme aura obtenu de son mari l'autorisation de faire le commerce, et qu'elle l'aura exercé pendant un temps plus ou moins long, le mari pourra-t-il, en revenant sur son consentement, retirer à la femme sa capacité, et par suite la mettre dans la nécessité de renoncer à continuer cette profession ? Cette question est diversement envisagée et résolue ; mais il me semble qu'elle est tranchée par un texte et par un principe.

Par un texte : car l'art. 5 porte que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. Cet article ne dit pas qu'elle ne peut *devenir commerçante* sans le consentement de son mari, il s'exprime d'une manière bien plus générale ; elle ne peut *faire le commerce*, dit-il, sans le consentement de son mari : donc, sans le consentement, elle ne peut pas plus *rester* commerçante que le *devenir*.

Par un principe : car la puissance maritale est d'ordre public, le mari ne peut jamais y renoncer, l'aliéner ; — or, si après avoir consenti à ce que sa femme fît le commerce, le mari ne pouvait, en aucun cas, revenir sur ce consentement, — que serait-ce, sinon l'abdication de la puissance maritale?

Le mari conservera donc le droit, comme un attribut de la puissance maritale, de retirer à sa femme son consentement.

Ce principe, en lui-même, est incontestable ; mais, dans l'intérêt de la femme, et dans celui des tiers, il doit être soumis à certaines restrictions.

Dans l'intérêt de la femme, car :

1° On ne saurait admettre que le mari puisse retirer son consentement par pur caprice, sans une cause valable. En effet, en consentant à ce que la femme fît le commerce, il a pris implicitement l'engagement envers elle de ne revenir sur son consentement qu'autant qu'il aurait, pour cela, des motifs suffisants. La femme pourra donc en appeler à l'appréciation de la justice ; le mari sera tenu de faire connaître ses motifs, et son changement de volonté ne sera pris en considération, et n'aura pour effet de priver la femme de sa capacité, qu'autant que la gravité et la légitimité des causes sur lesquelles il est fondé seront reconnues.

2° Dans tous les cas, il y aura une seconde question, dont le tribunal sera également juge ; ce sera la question d'*opportunité* : car, en supposant que le mari ait de bonnes raisons pour retirer son consentement à la femme, il ne peut pas la forcer à cesser immédiatement son commerce, lorsqu'une cessation brusque, intempestive, pourrait lui être fort dommageable et changer en pertes des chances assurées de bénéfices. Ce sera donc au tribunal à déterminer, et s'il y a lieu de retirer l'autorisation, et à quel moment le retrait de l'autorisation maritale devra produire ses effets, à quel moment la femme devra cesser les opérations de son commerce.

Il y a aussi une restriction nécessaire, dans l'intérêt des tiers. Ils ne peuvent pas deviner le changement de volonté du mari : il faut donc que ce changement, pour produire ses effets à leur égard, leur soit notifié ; autrement, il y aurait un piége tendu à leur bonne foi. — Ainsi, les opérations que la femme aurait pu faire, même depuis le retrait du consentement marital, même depuis l'époque où ce retrait a dû produire son effet, seraient valables à leur égard, si les tiers l'avaient ignoré, s'il ne leur avait pas été notifié.

Ce sera donc au mari à prendre toutes les précautions nécessaires pour que les tiers ne soient pas trompés : car, si, par la négligence du mari, ils l'avaient été, s'ils avaient pu de bonne foi considérer la femme comme étant toujours en possession de sa capacité, la position ne serait pas changée à leur égard, et ils auraient les mêmes droits que si cette capacité continuait de subsister, que si le retrait du consentement marital n'avait pas eu lieu (1).

(1) Voy., dans le même sens, M. Demolombe (*Du mariage*, t. II, nos 323 et 326), et M. Molinier (t. Ier, no 168).

TITRE II.

DES LIVRES DE COMMERCE.

La première des obligations générales, imposées aux commerçants en cette qualité, est de *tenir des livres*. La tenue des livres est une conséquence naturelle, nécessaire, de l'exercice du commerce ; c'est une condition qu'il impose par lui-même, et dont la prudence ne permet pas de s'affranchir. En effet, comment un commerçant pourrait-il voir clair dans ses affaires, se reconnaître et s'orienter dans ses opérations, s'il ne les constatait pas au fur et à mesure qu'il les fait? Or, y a-t-il pour lui un meilleur moyen de les constater que de les inscrire sur des registres? N'est-ce pas le mode le plus simple, le plus rapide et le moins coûteux? N'est-ce pas celui qui, par sa simplicité et sa rapidité, est le mieux approprié à la multiplicité des opérations commerciales et à la célérité avec laquelle elles se font? C'est donc celui que les commerçants devaient adopter, et qu'ils ont effectivement adopté.

Les opérations commerciales font naître de nombreuses contestations. Le commerçant a de fréquentes demandes à former en justice, et il en a aussi à repousser; or, comment pourrait-il justifier les unes et combattre les autres s'il n'avait pas de registres?

Tous les commerçants, même les plus honnêtes et les plus intelligents, sont exposés à cesser leurs paiements, à être déclarés en faillite : car c'est là une des chances inséparables de l'exercice du commerce ; or, quand un commerçant est ainsi en état de cessation de paiements, il lui importe d'établir qu'il est malheureux et de bonne foi, que sa faillite provient, non de son inconduite ou de son imprudence, mais de circonstances

malheureuses qui ne lui sont nullement imputables; et comment pourrait-il faire cette preuve s'il n'avait pas eu soin de constater sur ses registres toutes ses opérations ?

Enfin, quand un commerçant est déclaré en faillite, la justice a des devoirs à remplir, elle est appelée à rechercher les causes de cette faillite, à en apprécier le caractère, afin, si le commerçant est malheureux et de bonne foi, de lui venir en aide, — de le punir légèrement s'il a commis des fautes, et sévèrement s'il s'est rendu coupable de fraudes. Or, comment pourrait-elle se livrer avec succès à ces investigations, si le commerçant n'était pas astreint à tenir des livres? Aussi ne s'en est-on pas rapporté à lui à cet égard, et, bien que son intérêt lui fît un devoir d'en tenir, on lui en a imposé l'obligation. La nécessité de ces livres s'est fait sentir dès l'origine ; elle avait été reconnue par les auteurs de l'Ordonnance de 1673, qui contenait un Titre sur les livres de commerce. Les rédacteurs du Code en ont conservé et reproduit les dispositions, en y apportant toutefois les modifications et améliorations que l'expérience avait indiquées.

Le vice capital de l'Ordonnance de 1673, c'était, en imposant aux commerçants l'obligation de tenir des livres, de n'avoir pas sanctionné cette obligation. Il en était résulté que la règle sur la tenue de livres était considérée simplement comme facultative et n'était pas observée; que par suite, en cas de faillite, il n'était guère possible de vérifier la gestion du failli, de reconnaître si elle avait été loyale ou déloyale; et c'était là une des causes qui avaient le plus contribué à démoraliser le commerce : les fraudes se multipliaient en raison des facilités qu'on avait de les commettre impunément. Les rédacteurs du Code de commerce, éclairés par l'expérience d'un siècle, ne sont pas tombés dans cette faute ; à côté de la règle, ils ont placé la sanction. Ils ont même eu recours à deux sortes de sanctions d'un ordre différent, sanction *pénale*, et sanction *civile* ou *judiciaire*. Ainsi, quand le commerçant vient à cesser ses paiements, si les livres ne sont pas en règle, il a peut être déclaré banqueroutier simple et puni comme tel (art. 586, n° 6). Que si le commerçant a commis une faute plus

grave, que s'il a soustrait ses livres, il est considéré comme banqueroutier frauduleux, et passible de la peine des travaux forcés à temps (art. 591). — Voilà la sanction pénale. Quant à la sanction civile ou judiciaire, elle est consacrée par les art. 13 et 17, ainsi conçus : Art. 13. « Les livres que les individus faisant « le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'au- « ront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pour- « ront être représentés ni faire foi en justice, au profit de ceux « qui les auront tenus, sans préjudice de ce qui sera réglé au « livre *des faillites et banqueroutes.* » — Art. 17. « Si la partie « aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les repré- « senter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie. » Quand les livres du commerçant ne sont pas en règle, la partie adverse peut les récuser ; ils sont assimilés à des témoins qui se trouvent dans le cas de récusation.

On voit que la législation actuelle est bien préférable à l'ancienne. Elle en a comblé les lacunes, corrigé les imperfections ; elle satisfait mieux aux exigences de la pratique, aux nécessités du commerce et de l'ordre public.

Cela posé, il importe de remarquer que l'obligation de tenir des livres est imposée à tous les commerçants indistinctement, français ou étrangers, hommes ou femmes, majeurs ou mineurs, ayant une existence naturelle ou simplement civile, comme les sociétés de commerce.

Aujourd'hui les commerçants sont tous astreints à tenir au moins trois livres ; mais rien ne les empêche d'en tenir davantage (1). Seulement, les livres facultatifs ou auxiliaires ne sauraient en aucune façon remplacer les livres obligatoires ni les infirmer : ils ne peuvent que les développer, les compléter, les corroborer. — Il y a même certaines classes de commerçants que la loi astreint à tenir des livres spéciaux, indépendamment des trois livres exigés en règle générale. Tels sont les agents de change et les commissionnaires de transport.

(1) Voy. l'*Appendice*, à la suite de l'explication de notre Titre II.

Expliquons les dispositions relatives à chacun des trois livres obligatoires.

Commençons par le livre journal, qui est le livre principal, essentiel, la base et le fondement de tous les autres.

Le livre-journal est ainsi nommé parce qu'il est tenu *jour par jour*. C'est une espèce de procès-verbal quotidien et détaillé de tous les actes de la vie du commerçant qui peuvent influer sur sa fortune.

Qu'est-ce que le commerçant doit inscrire sur son livre-journal ? Avant tout, les opérations de son commerce. L'Ordonnance de 1673 n'exigeait rien de plus ; mais aujourd'hui il doit y inscrire même les engagements civils qu'il contracte ou qui sont contractés envers lui, tels qu'un achat ou une vente d'immeubles ; il doit y inscrire même les engagements à titre gratuit, tels qu'une donation qu'il fait ou qui lui est faite. Et c'est avec raison, car tous ces actes influent sur son actif ou sur son passif ; or, quand il tombe en faillite, on ne fait aucune distinction entre l'actif commercial et l'actif civil, le passif commercial et le passif civil : donc il n'en fallait pas faire davantage pour l'inscription sur les registres. Il doit y inscrire aussi les dépenses de sa maison de commerce, car c'est un accessoire de son commerce et un accessoire important ; il y a des maisons de commerce qui ont un si grand nombre de commis et d'employés, que leurs salaires s'élèvent à la fin de chaque mois à des sommes considérables. Quant aux dépenses du ménage, on ne pouvait pas le dispenser de les inscrire : car elles serviront à faire apprécier sa moralité, son esprit d'ordre et d'économie, ou son esprit de dépense et de dissipation. L'exagération dans la dépense est de la part d'un commerçant un tort grave, non-seulement envers lui, mais envers tous ceux qui ont eu confiance en lui, qui lui ont prêté des fonds, lui ont fait crédit : car, quand il se livre à des prodigalités, ce n'est pas seulement son argent qu'il dépense, c'est le leur, et c'est là un fait constitutif de la banqueroute simple.

Mais ces dépenses du ménage se distinguent de toutes les autres : d'une part, en ce qu'elles se renouvellent pour ainsi dire

à chaque instant, et, d'autre part, en ce qu'elles sont, chacune en particulier, d'une extrême modicité. Aussi a-t-on admis que le commerçant ne serait tenu de les inscrire sur son livre-journal que mois par mois; c'est ce qui est dit à la fin de l'art. 8 : « et qui énonce mois par mois les sommes employées à la dé- « pense de sa maison. »

En second lieu, si l'on inscrit sur le livre-journal, mois par mois, les sommes employées à la dépense de la maison, on n'y inscrit pas les articles de dépense; on y inscrit seulement les sommes employées à les solder, et il n'est besoin d'entrer à cet égard dans aucun détail.

En troisième lieu, il suffit d'une énonciation des sommes *en bloc*. Ainsi donc, le commerçant se conformerait au vœu de la loi en inscrivant sur son registre cette mention : *Dépense de ménage pour tel mois*, 500 *fr.*

— J'arrive au second livre exigé de tous les commerçants en général, au *livre des inventaires* (art. 9).

Ce livre est d'une très-grande utilité. En effet, c'est en consultant son inventaire que le commerçant pourra reconnaître sa situation active et passive, savoir s'il est en pertes ou en bénéfices, et par suite s'il doit étendre ses opérations ou les restreindre, les continuer ou les cesser.

Ce livre n'est peut-être pas fort exactement dénommé : car un inventaire est un état descriptif et estimatif des objets mobiliers dont se compose une masse, une société, une succession, une communauté, une faillite. — état dressé par un officier public compétent. En matière de succession, ce sont les notaires qui sont chargés de dresser les inventaires; en matière de faillite, ce sont les syndics qui sont chargés de les dresser, en présence d'un juge de paix qui doit les signer à chaque vacation. Ici, au contraire, on a pris le mot *inventaire* dans un sens tout à fait impropre : car on entend par là un état ou simple relevé de l'actif mobilier et immobilier, état pour lequel l'intervention d'aucun officier public n'est exigée. Le commerçant dressera donc lui-même cet état, ou le fera dres-

ser par un de ses commis, en un mot, par un mandataire de son choix.

Mais il ne devra pas se borner à le dresser; il devra le *transcrire* sur un registre spécial, appelé par ce motif *registre des inventaires*. En ce premier point, on a rectifié le système de l'Ordonnance, qui se contentait d'un inventaire dressé sur feuilles volantes, ce qui l'exposait à se perdre, à être altéré ou détruit. La loi nouvelle a encore amélioré l'ancienne en obligeant les commerçants à dresser cet inventaire *tous les ans*, — tandis que l'Ordonnance prescrivait seulement de le dresser tous les deux ans. Aujourd'hui, l'inventaire est *annuel;* et ce délai, convenable lorsqu'on a rédigé le Code de commerce, est actuellement regardé comme trop long, parce que la solvabilité des commerçants est très-variable, parce que leur situation change, non-seulement d'une année à l'autre, mais d'un mois à l'autre, et on fait généralement dans la pratique des inventaires tous les six mois.

C'est même une règle constamment observée par les sociétés commerciales. En effet, elles répartissent les dividendes tous les six mois.

— Je n'ai plus qu'un mot à dire du dernier livre exigé de tous les commerçants : c'est le livre des *copies de lettres*, auquel on n'a pas consacré un article spécial. Mais le dernier paragraphe de l'art. 8 est ainsi conçu : « Il est tenu de mettre en liasse les « lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles « qu'il envoie. »

Ce livre est d'une très-grande importance : car dans le commerce la plupart des opérations, celles qui se font sur une grande échelle, les opérations de change notamment, se réalisent par la correspondance. Le commerce se fait entre personnes de tous les pays, de toutes les nations, et le lien entre ces personnes, c'est la correspondance. Il fallait donc que les deux éléments dont se compose la correspondance, la lettre et la réponse, fussent conservés. Aussi la loi prescrit-elle cette double précaution : elle impose à tous les commerçants de mettre en

liasse les lettres qu'ils reçoivent, et de copier, c'est-à-dire de transcrire sur un registre, celles qu'ils envoient; de la sorte, on pourra toujours rapprocher les deux éléments dont se compose la correspondance, la demande et la réponse.

Le législateur eût été inconséquent si, imposant au commerçant l'obligation de tenir des livres, et les admettant comme moyen de preuve, il n'avait pas prescrit pour leur tenue des formalités propres à en écarter la confusion, à en assurer l'exactitude et la sincérité.

Aussi a-t-il prescrit deux ordres de formalités, dont les unes s'appliquent au contenu du registre, à la manière d'y inscrire les énonciations qu'il est destiné à recevoir; les autres, à l'extérieur du registre, aux feuillets dont il se compose. Les unes sont donc des formalités *internes*, les autres des formalités *externes*.

J'explique d'abord les formalités internes.

La première de ces formalités, celle qu'on peut considérer comme substantielle, fondamentale, c'est l'indication des dates.

Les registres doivent être tenus par ordre de dates; chacune des opérations qui y sont inscrites doit l'être à la date du jour même où elle a eu lieu, et par conséquent il faut indiquer les jour, mois et an auxquels se rapporte l'opération.

Cette constatation exacte et précise de la date est fort importante : car elle peut décider du sort de l'acte, en entraîner la nullité ou la validité. En effet, comme nous le verrons en expliquant la matière des faillites, tel acte peut être nul ou valable, suivant qu'il a été fait un jour plus tôt ou un jour plus tard : fait tel jour, il sera nul; fait la veille ou le lendemain de ce jour, il sera valable. On ne pouvait donc se dispenser de prescrire aux commerçants de tenir leurs registres par ordre de dates : c'est la condition fondamentale de la régularité de ces livres. Aussi est-ce la première exigée par l'art. 10, dont le dernier alinéa est ainsi conçu : « Tous seront tenus par ordre de dates... »

Cette condition en amenait une autre à sa suite, la défense de

laisser des *blancs* ou des lacunes dans les registres : car l'existence de ces blancs aurait rendu vaine et illusoire l'obligation de tenir les registres par ordre de dates, puisqu'on aurait pu inscrire après coup dans ces blancs ou lacunes des opérations qui n'auraient pas eu lieu, ou au moins qui auraient eu lieu à une date autre que celle indiquée. Aussi l'art. 10 dit-il, non-seulement que les registres seront tenus par ordre de dates, mais encore sans blancs ni lacunes. — Ces deux premières conditions en nécessitaient une troisième, savoir : la défense de rien inscrire en marge ; car ces inscriptions en marge, outre qu'elles auraient introduit la confusion dans les écritures, auraient eu le même inconvénient que les blancs ou lacunes : on aurait pu inscrire en marge, après coup, des opérations, ou qui n'auraient pas été faites, ou qui l'auraient été à une autre époque. Aussi l'art. 10 *in fine* défend-il les *transports en marge*.

Ainsi, comme on le voit, ces trois conditions s'enchaînent, se lient étroitement, sont inséparables l'une de l'autre.

Cependant il peut s'élever à cet égard des difficultés dans deux hypothèses que voici :

D'abord, supposons qu'il s'agisse d'une opération ou d'un acte qui n'est que le complément d'un autre acte, d'une autre opération déjà inscrite sur les registres : ne pourra-t-on pas inscrire la seconde opération en marge de la première? Supposons, par exemple, qu'une vente soit inscrite à sa date sur le *livre-journal*, mais que le prix en soit encore dû : quand on recevra ce prix, ne pourra-t-on pas le mentionner comme payé, en marge de l'article où se trouve constatée la vente? Non ; on ne le pourra pas. L'art. 10 défend tout transport en marge, sans distinguer entre les opérations qui se rattachent et celles qui ne se rattachent pas à d'autres. Ajoutons que c'est avec raison : car, au moyen de ce transport en marge, on pourrait indiquer le prix comme reçu à une époque autre que celle où il l'aurait été réellement.

Mais si une erreur avait été commise dans une énonciation inscrite sur le registre, — c'est la seconde hypothèse que je me suis

proposé d'examiner, — ne pourrait-on pas la rectifier par une mention en marge de l'article où elle se trouve? — D'abord, je fais remarquer qu'il est extrêmement rare que des énonciations portées sur les registres des commerçants contiennent des erreurs; cela est rare, et par une raison spéciale : parce que les commerçants n'inscrivent pas sur leur *livre-journal* leurs opérations au moment même où elles se font; ils les consignent d'abord, très-succinctement, très-rapidement, sur un simple cahier de papier appelé *main-courante,* et si, dans la précipitation qui préside inévitablement aux mentions qui se font sur la main-courante, il s'est glissé quelque erreur, il est rare qu'elle ne soit pas connue et rectifiée avant que la mention soit reportée sur le livre-journal. Cependant il peut arriver que l'erreur ne soit reconnue qu'après qu'on a reporté sur le *livre-journal* la mention faite sur la main-courante, et qu'ainsi l'erreur se trouve dans le *livre-journal* lui-même. Alors on se demande si l'on ne pourra pas inscrire une rectification en marge de l'article qui a besoin d'être rectifié. On ne le pourra pas, l'art. 10 s'y oppose; il ne permet dans aucun cas, et sous aucun prétexte, les inscriptions ou transports en marge. Il faudra donc, à la date du jour où l'erreur aura été reconnue, inscrire un article rectificatif, une espèce d'*erratum,* sur le *livre-journal ;* seulement, il sera bon de mettre, en marge de l'article rectifié, un renvoi à l'endroit où se trouve la rectification, comme par exemple : *voir telle page, tel numéro* ou *tel article.*

Voilà l'explication des conditions requises pour la tenue intérieure des registres. Elles ont pour but d'assurer l'exactitude, la véracité des énonciations des registres, surtout en ce qui touche la date, et d'empêcher le désordre et la confusion de s'introduire dans les écritures.

— Passons à celles qui concernent la tenue extérieure.

Ces conditions ont pour but d'empêcher les falsifications, les altérations, dont les registres pourraient être l'objet, et aussi d'empêcher de substituer des registres à d'autres.

La première des conditions requises pour la tenue extérieure

des registres, c'est celle indiquée par l'art. 11 en ces termes : « Les livres seront cotés. » — Que veut dire ce mot? Il signifie *numéroter*. En conséquence, on inscrira sur chacun des feuillets dont se compose le registre un numéro d'ordre. On inscrira donc sur le premier le mot 1^er^ ; sur le second, 2^e^ ; sur le troisième, 3^e^ ; et ainsi de suite jusqu'au dernier, sur lequel on inscrira aussi son numéro d'ordre, et à la suite de ce numéro le mot *dernier*, par exemple, 300^e^ *et dernier feuillet*. Quel est le but, quelle est l'utilité de cette formalité? C'est d'empêcher la suppression de feuillets : car, si un feuillet était supprimé, il y aurait un défaut de suite dans la série des numéros, une interruption, une lacune, et la fraude serait patente et manifeste. Ainsi, par exemple, si l'on supprimait le feuillet portant le n° 10, il suffirait de jeter un coup d'œil sur le registre pour s'apercevoir que ce feuillet manque : car il y aurait une lacune évidente entre le n° 9 et le n° 11. C'est là une garantie contre ce genre de fraude : en effet, les gens qui commettent des fraudes ne le font que parce qu'ils se flattent qu'elles ne seront pas découvertes : s'ils pensaient qu'elles seraient reconnues, ils se garderaient bien de les commettre. Donc le meilleur moyen de prévenir les fraudes, c'est d'en rendre la découverte et la répression aussi certaines que possible. Sous ce rapport, la formalité du numérotage est d'une incontestable utilité ; elle préviendra la *suppression* des feuillets.

Elle aura un autre avantage, celui de prévenir encore l'*addition* ou l'*intercalation* de feuillets. — En effet, si, au lieu de supprimer un feuillet, on en ajoutait ou on en intercalait un, ce nouveau feuillet ne porterait pas de numéro, ou le numéro qu'il porterait ferait double emploi avec le numéro du feuillet précédent ou avec le numéro du feuillet suivant : il serait la répétition du numéro inscrit sur le feuillet qui précéderait ou sur celui qui suivrait, ou bien il serait en désaccord avec ceux-là, il constituerait un défaut de suite dans l'ordre des numéros. Et dans un cas, comme dans l'autre, la fraude serait évidente à la première inspection. C'est une raison pour qu'elle ne se commette pas.

Mais il y a un troisième genre de fraude qui n'est pas moins dangereux et qui paraît plus difficile à prévenir, c'est celui qui résulterait de la *substitution* d'un feuillet à un autre. La formalité du numérotage n'empêcherait pas cette fraude de se commettre : car si, en supprimant un feuillet, on le remplace par un autre, et qu'on reporte sur le nouveau feuillet le numéro qui se trouvait sur le feuillet supprimé, rien n'indiquera l'existence de ce genre de fraude, elle ne sera pas apparente et pourra dès lors se commettre impunément. Il fallait donc exiger, indépendamment du numérotage, une autre formalité qui prévînt cette substitution d'un feuillet à un autre; et le meilleur moyen de la prévenir, c'était de la rendre difficile et dangereuse à commettre : c'est ce qu'on a fait en exigeant que les feuillets de chaque registre fussent, non-seulement numérotés, mais encore *paraphés* par un officier public.

Ce paraphe rendra difficile la substitution d'un feuillet à un autre : car il faudrait reporter sur le feuillet substitué le paraphe qui se trouvait sur le feuillet supprimé. Or, le paraphe est la partie de la signature la plus difficile à imiter, et il y a même des officiers publics, notamment des notaires, des receveurs de l'enregistrement, qui poussent si loin la recherche à cet égard, que leur signature est complétement indéchiffrable.

La nécessité de ce paraphe rendra en outre la substitution dangereuse : car celui qui la commettrait s'exposerait à la peine du faux en écriture de commerce; et cette peine est fort grave, puisque c'est celle des travaux forcés à temps.

Ainsi, à la difficulté, fort grande par elle-même, d'imiter le paraphe, vient se joindre la perspective d'une peine qui arrêtera ceux qui seraient tentés de commettre ce genre de fraude.

Après le numérotage et le paraphe, il semble que le législateur n'avait plus rien à prescrire. — Cependant il exige encore une formalité. Aux termes de l'art. 11, les livres doivent être non-seulement cotés et paraphés, mais encore *visés;* et il semble, au premier abord, que ce visa est tout à fait surabondant. Qu'entend-on, en général, par *visa?* C'est l'inscription du mot *vu*, suivie

de la signature de celui qui vise. Or, ici, le paraphe d'un officier public sur chaque feuillet atteste bien que le registre lui a été représenté, et qu'il en a passé en revue tous les feuillets; il n'en peut être autrement, puisqu'il y a inscrit son paraphe. Sans doute ! Mais ici le mot *visé* se prend dans un sens spécial : on entend par là une espèce de *procès-verbal* sommaire, dressé par l'officier public qui a numéroté et paraphé le registre, et indiquant la nature du registre, l'usage auquel il est destiné, le nombre de feuillets dont il se compose, le jour où les feuillets en ont été numérotés et paraphés, et qui se termine par la signature de l'officier public, dont le paraphe seul se trouve sur chaque feuillet. Ce *procès-verbal*, sans lequel l'opération serait incomplète, est ordinairement inscrit sur le premier ou sur le dernier feuillet du registre, mais plus ordinairement sur le premier; c'est le complément et la sanction de l'opération tout entière.

Voilà l'explication des trois formalités requises pour la régularité extérieure des registres.

Mais ici se présente une difficulté, qui a embarrassé la plupart des auteurs, et qui se rattache à une disposition fort mal comprise dans la pratique : les trois livres indispensables sont-ils tous les trois et indistinctement soumis à la triple formalité du numérotage, du paraphe et du visa, tel que je viens de l'expliquer?

L'affirmative résulte incontestablement des termes de l'article 11, qui est ainsi conçu : « Les livres dont la tenue est « exigée par les art. 8 et 9 ci-dessus seront cotés, paraphés et « visés. » Or quels sont les livres dont la tenue est exigée par ces art. 8 et 9? Ce sont les trois livres obligatoires, savoir : aux termes de l'art. 8, le *livre-journal* et le *livre de copies de lettres*, et, aux termes de l'art. 9, le livre des inventaires. Donc ils sont compris tous les trois dans la disposition de l'art. 11. Aucun n'en est excepté.

Mais, d'un autre côté, si nous nous reportons à l'art. 10, nous voyons qu'il accorde au livre de copies de lettres une cer-

taine immunité : il soumet au paraphe et au visa le *livre-journal* et le *livre des inventaires*, et il en affranchit le *livre de copies de lettres* : « Le *livre-journal* et le *livre des inventaires*, dit-il, « seront *paraphés* et *visés* ; le *livre de copies de lettres* ne sera pas « soumis à cette formalité. » — N'y a-t-il pas là une contradiction, une opposition de textes, ce qu'on appelait en droit romain une *antinomie*? Oui, si dans l'art. 10 il s'agissait de la même formalité, du même visa, que dans l'art. 11. Mais évidemment cela n'est pas admissible, cela n'est pas possible. La difficulté vient de ce qu'on s'est servi de la même expression, du mot *visé*, pour désigner deux formalités qui n'ont en réalité rien de commun que le nom qu'on leur a donné. De quel visa s'agit-il dans l'art. 10? D'un visa tout autre que celui dont il est parlé dans l'art. 11, d'un visa *interne*, et qui a un objet tout spécial. Voici en quoi il consiste : chaque année les registres sont représentés à l'officier public compétent ; il les paraphe, et constate par une mention inscrite de sa main quelle est la page où s'arrêtent les écritures. Que s'est-on proposé en cela ? D'empêcher une fraude contre laquelle le numérotage, le paraphe et le visa prescrit par l'art. 11, auraient été impuissants, la substitution de registres à d'autres. Supposons qu'un commerçant, qui est à la veille de cesser ses paiements, se voie exposé à des poursuites en banqueroute frauduleuse, à l'appui desquelles on pourrait invoquer le contenu de ses registres : il cherchera à les remplacer par d'autres, comme il chercherait à faire taire un témoin qui l'accuse ; il portera donc sur de nouveaux registres le contenu des anciens, en ayant soin d'en retrancher tout ce qui pourrait le compromettre. La nécessité d'avoir des registres cotés, paraphés et visés, ne mettrait pas obstacle à cette combinaison : car rien n'empêche un commerçant de faire régulariser autant de registres que bon lui semble, puisqu'il peut s'adresser pour cela, comme nous le verrons tout à l'heure, à des officiers publics différents. Il a besoin de quatre registres, il peut en faire régulariser huit, en mettre quatre en réserve, les laisser en blanc, et, quand le moment sera

venu, y reporter les écritures inscrites sur les quatre registres dont il se sera servi, en en faisant disparaître tout ce qui pourrait l'incriminer. C'est contre ce genre de fraude, dont on a vu plus d'un exemple, qu'est spécialement dirigée la formalité exigée par l'art. 10 : les nouveaux registres, quelque réguliers qu'ils puissent être extérieurement, seront dépourvus du visa interne qui fait l'objet du premier alinéa de l'art. 10, et dès lors ne pourront pas inspirer confiance.

Voilà donc la conciliation de l'art. 10 et de l'art. 11 : le visa de l'art. 11 est apposé sur le premier feuillet des registres, une fois pour toutes et avant qu'on fasse usage de ces registres, le visa de l'art. 10, bien différent de celui-là, doit être inscrit *chaque année*, dans l'intérieur du registre, à la suite des écritures qui s'y trouvent, afin de bien constater où elles s'arrêtent, — de sorte que, si le même registre avait servi aux écritures de plusieurs années, il devrait être visé plusieurs fois, puisqu'il doit l'être chaque année. C'est seulement de ce dernier visa que le livre de copies de lettres est affranchi. Le commerçant ne sera pas tenté, pour ce livre, de commettre un genre de fraude qui tournerait contre lui, et aggraverait sa position aux yeux de la justice, puisque la suppression ou l'altération d'une copie inscrite sur son registre n'empêcherait pas l'original de subsister, et que la production de cet original, qui est toujours possible, car l'original n'est pas entre ses mains, mais entre celles de ses correspondants, démasquerait sa fraude, et ne ferait, comme je l'ai dit, que rendre sa condamnation plus inévitable. Il n'y a donc dans la disposition de l'art. 10 rien de contraire à ce qui est dit dans l'art. 11, rien que de sage, que de raisonnable ; mais, comme dans la pratique on ne s'en rend pas bien compte, on ne l'observe guère.

Il reste une difficulté. S'il est vrai, comme on ne peut le contester, que le rapprochement des originaux et des copies rende impossible le transport d'anciennes écritures sur de nouveaux registres, ce rapprochement rend également impossible la suppression, addition ou intercalation de feuillets : dès lors, le visa

de l'art. 11 ne semble pas plus nécessaire pour le livre de copies de lettres que celui de l'art. 10. A la rigueur, on aurait pu affranchir le livre de copies de lettres de toute espèce de visa ; mais on ne l'a pas fait, et on a voulu par là empêcher que le commerçant ne pût altérer son livre de copies de lettres, même en s'entendant avec le possesseur des originaux, ce qui lui aurait été facile si son livre n'était pas numéroté et paraphé. Mais alors ne fallait-il pas, pour empêcher qu'il ne reportât les copies qui lui conviendraient, en élaguant celles qui l'incrimineraient, de concert avec le possesseur de l'original, exiger le visa intérieur de l'art. 10? Sans doute, la loi eût pu l'exiger. Mais il y a ici la peine de la banqueroute frauduleuse, qu'il encourrait, ainsi que le complice de cette fraude, tandis que la simple suppression d'un feuillet n'aurait pas cette gravité. On peut encore ajouter ceci :

Le commerçant aurait beau s'entendre avec le possesseur des originaux de ces lettres pour reporter sur de nouveaux registres les copies incomplètes ou falsifiées des lettres par lui écrites, que cette fraude ne lui servirait à rien. En effet, il ne pourrait faire subir aux autres livres, soumis au visa interne et où se trouvent mentionnées les opérations conclues par correspondance, les changements nécessaires pour profiter des altérations qu'il ferait subir aux copies de ces lettres : il y a effectivement ici un double moyen de contrôle, la représentation des originaux et la corrélation avec les autres livres. Voilà, je crois, la véritable raison qui explique le système de la loi.

— Aux termes de l'art. 11, les livres sont cotés, paraphés et visés... dans la forme ordinaire et *sans frais*. Qu'a-t-on voulu dire par ces mots *sans frais*? On a voulu exprimer cette idée : que les officiers publics chargés de régulariser les registres ne pourraient se faire allouer pour cela aucune rétribution. Leurs fonctions sont gratuites ; mais il s'agit ici d'un acte qui est en dehors de leurs fonctions, d'un travail, et même d'un travail assez pénible, qui leur est imposé dans un intérêt étranger à leurs fonctions, et ils auraient peut-être pu s'imaginer qu'ils étaient en droit de réclamer une rémunération, un salaire. C'est pour ne

laisser subsister à cet égard aucune espèce de doute, qu'on a inséré dans l'art. 11 ces mots : « dans la forme ordinaire et sans frais. »

Mais il ne faudrait pas en conclure que cette formalité n'entraine de frais d'aucune sorte. D'après une loi déjà ancienne, la loi du 13 brumaire an VII, les registres ne devaient être régularisés par les officiers publics chargés de ce soin, qu'autant que le timbre s'y trouvait. Les commerçants qui voulaient faire régulariser leurs registres avaient donc des frais de timbre à supporter. Il en était résulté que beaucoup d'entre eux se dispensaient de remplir cette formalité : car, dans le commerce, ce à quoi on tient le plus après l'économie de temps, c'est l'économie d'argent.

Voilà pourquoi une loi du 20 juillet 1837 a décidé que les commerçants ne seraient pas tenus, pour faire régulariser leurs registres, de les faire timbrer; en même temps elle a décidé que le droit de timbre serait ajouté au principal de la contribution des patentes, de sorte que les commerçants, soit qu'ils fissent ou ne fissent pas régulariser leurs registres, n'en paieraient pas moins le droit de timbre, transformé en une addition au droit de patente. Depuis cette loi, les commerçants n'ont donc aucun intérêt à ne pas mettre leurs registres en règle, et, dès lors, un beaucoup plus grand nombre d'entre eux se conforment à cet égard aux prescriptions du Code de commerce. Cette loi de 1837 a donc, en grande partie, atteint son but.

Voyons maintenant quels sont les officiers compétents pour régulariser les livres de commerce. Ici encore les rédacteurs du Code de commerce ont reproduit les prescriptions de l'Ordonnance de 1673, mais en y faisant des améliorations.

Les livres de commerce, d'après le Code, comme d'après l'Ordonnance de 1673, seront régularisés par les juges de commerce. Mais il n'y a pas de tribunaux de commerce partout; on pourrait citer des chefs-lieux d'arrondissement, et même des chefs-lieux de département, où il n'en existe pas, tandis qu'il y en a

dans certaines localités qui ne sont ni chefs-lieux de département ni chefs-lieux d'arrondissement. Pourquoi? Parce qu'on n'a créé des juridictions spéciales pour les affaires commerciales que dans les villes où le commerce et l'industrie avaient pris assez de développement pour que la nécessité de cette juridiction s'y fît sentir, et non pas ailleurs.

Il fallait donner des auxiliaires aux juges de commerce, en ce qui concerne la régularisation des registres : car, évidemment, on ne pouvait pas astreindre les commerçants à se transporter, eux et leurs registres, dans la ville où est établi le tribunal de commerce, les assujettir ainsi à des déplacements qui auraient entraîné des frais et une grande perte de temps. Aussi, aujourd'hui comme sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, les commerçants peuvent faire régulariser leurs registres, non-seulement par les juges de commerce, mais encore par les maires ou leurs adjoints : ils n'auront donc pas besoin de se rendre dans la ville où siége le tribunal de commerce, ils pourront s'adresser au maire de leur commune ou à un de ses adjoints. On a ainsi obvié autant que possible aux inconvénients qu'auraient entraînés des déplacements. C'est par cette raison qu'au lieu d'adjoindre aux juges de commerce, de leur donner pour auxiliaires, les juges de paix, dont les fonctions ont bien plus de rapport avec les leurs que celles des maires et de leurs adjoints, on a préféré leur donner pour auxiliaires les maires et leurs adjoints. En effet, il n'y a qu'un *seul* juge de paix par canton, tandis qu'il y a un maire et un ou plusieurs adjoints par commune; de sorte que dans un canton, bien qu'il n'y ait qu'un juge de paix, il y aura toujours un assez grand nombre de maires et d'adjoints, huit ou dix, et souvent plus. Les commerçants auront donc plus de facilité pour faire régulariser leurs registres, et ceux auxquels ce soin est attribué seront moins surchargés, s'en acquitteront plus facilement et plus promptement.

Toujours en vue de faciliter l'accomplissement de ces formalités à ceux qui sont tenus de les remplir, et à ceux qui sont préposés à leur accomplissement, les rédacteurs du Code de

commerce ont admis, contrairement à l'Ordonnance de 1673, que, même dans les villes où il y a des tribunaux de commerce, les maires et les adjoints ont qualité pour procéder, concurremment avec les juges de commerce, à la régularisation des registres. Ce travail, ainsi réparti, sera moins onéreux pour ceux auxquels il incombe et en même temps il s'accomplira plus rapidement.

Il ne me reste plus, pour terminer l'explication de ce qui concerne la tenue des registres, qu'un point à examiner.

Pendant combien de temps les commerçants devront-ils conserver leurs registres? On ne pouvait les astreindre à les conserver depuis le jour où ils commencent leur commerce jusqu'à celui où ils le cessent; mais on ne pouvait pas non plus les autoriser à s'en défaire quand bon leur semblerait. On a pris un terme moyen : on a fixé pour la conservation des registres un délai de dix ans (art. 11 *in fine*). Tant que ce délai ne sera pas expiré, le commerçant ne sera pas recevable à prétendre qu'il n'a plus ses registres; après ce délai, au contraire, il pourra se retrancher derrière cette fin de non-recevoir. Mais, après comme avant les dix ans, s'il est prouvé qu'il a encore ses registres, il sera tenu de les produire.

La disposition qui limite à dix ans l'obligation pour les commerçants de conserver leurs registres a fait naître une question : on s'est demandé s'il ne fallait pas en conclure que la durée des actions en matière commerciale était limitée à dix ans. Pour l'affirmative, on fait valoir cette considération que les registres sont pour les commerçants le seul moyen de défense aux actions dirigées contre eux; or, dit-on, après dix ans, ils sont présumés ne plus avoir leurs registres : dès lors, on ne doit plus permettre l'attaque, puisque la défense n'est plus possible. Mais raisonner de la sorte, c'est méconnaître deux règles essentielles. Premièrement, les dérogations au droit commun ne peuvent pas s'établir par de simples inductions, et l'on ne fait pas autre chose que raisonner par induction. Secondement, cette induction en elle-même est sans valeur : car de ce que les commer-

çants sont dispensés de conserver leurs livres au-delà de dix ans, il ne s'ensuit aucunement qu'ils ne puissent pas les conserver pendant un temps plus long; c'est à eux de faire ce que la prudence leur conseille. Ils ne sont donc pas désarmés après dix ans, à moins qu'ils ne se soient volontairement désarmés eux-mêmes, et alors ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux. Tenons donc pour constant que la prescription est, en règle générale, en principe, de trente ans, aussi bien en matière commerciale qu'en matière civile. Seulement, les besoins du commerce, la nature des opérations, ont exigé dans beaucoup de cas que la prescription fût réduite à un laps de temps plus court; mais il ne faut voir là que des dérogations, que des exceptions à une règle générale et commune, applicable en elle-même aux matières commerciales et aux matières civiles.

Je passe aux livres considérés comme *moyens de preuve*, et au degré de confiance qui s'y attache.

Ici se présente une question préliminaire, une question de principe : Y a-t-il un système légal de preuve propre aux matières civiles et un autre particulier aux matières commerciales? Non : en principe, le système est le même ; seulement, pour la preuve comme pour la prescription, on a admis, en matière commerciale, des exceptions, des dérogations au droit commun ; c'est de ces exceptions, de ces dérogations que nous avons à nous occuper.

Pour s'en faire une juste idée, plusieurs distinctions sont nécessaires. Il faut distinguer, avant tout, si le commerçant joue le rôle de demandeur ou celui de défendeur : car du rôle qu'il joue dépend l'autorité qui s'attache aux énonciations de ses registres.

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse où le commerçant est demandeur : supposons que c'est le commerçant qui intente une action contre un tiers. Quelle est la règle? c'est que nul ne peut se faire un titre à soi-même. Dès lors, le commerçant ne pourrait pas argumenter de ses registres, qui sont son œuvre. Mais, en

maintenant ce principe, on devait y faire des dérogations : car on ne pouvait pas astreindre ce commerçant, sous peine de lui rendre le commerce impossible, à dresser un acte en forme pour toutes les opérations qui s'y rattachent.

Pour se rendre compte de la nature et de l'étendue de ces dérogations, il faut distinguer deux cas, savoir si le tiers est commerçant ou s'il ne l'est pas. Supposons d'abord qu'il ne l'est pas. Les registres du commerçant demandeur feront-ils preuve en sa faveur? Nullement : car il ne peut se faire un titre à lui-même. Aussi l'art. 1329 du Code Napoléon s'exprime-t-il en ces termes : « Les registres des marchands ne font point, « contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures « qui y sont portées... » — Mais, comme je l'ai indiqué en commençant, on ne pouvait pas exiger des commerçants qu'ils fissent constater par des actes en forme les engagements que des non-commerçants contractent envers eux, par suite d'opérations relatives au commerce; c'est pourquoi l'art. 1329 a fait suivre la règle qu'il formule d'une exception qui la modifie. Cette modification consiste en ce que les livres des commerçants pourront suffire pour que le juge défère le serment au commerçant lui-même; en principe, le juge ne peut ainsi déférer le serment qu'autant que la demande n'est pas complétement dénuée de preuve (Code Nap., art. 1367). On a donc fait fléchir la règle, mais pour un cas en quelque sorte de nécessité absolue et le moins possible (1).

(1) « La faveur du commerce, disait déjà Pothier (*Oblig.*, n° 719), a établi que, lorsque les livres sont bien en règle, qu'ils sont écrits de jour à jour sans aucun blanc, que le marchand a la réputation de probité, et que sa demande est donnée dans l'année de la fourniture, ils font une semi-preuve; et même souvent les juges font droit sur les demandes des marchands pour raison des dites fournitures, en prenant leur serment de la vérité de la fourniture pour suppléer à ce qui manque à la preuve qui résulte de leurs livres. — C'est le sentiment de Dumoulin... »

Les rédacteurs de l'art. 1329 reproduisent évidemment cette doctrine. Cependant M. Bigot-Préameneu, dans son *Exposé des motifs*, semble bien entendre l'art. 1329 *in fine* du serment décisoire qui serait déféré par le

Cette disposition a cependant fait naître une question sur la solution de laquelle on se méprend quelquefois : Si un commerçant se prétendait à titre civil créancier d'un non-commerçant, pourrait-il demander qu'on lui déférât le serment, en se fondant sur ses registres, qui viennent à l'appui de sa demande? On soutient l'affirmative, en disant que la règle : *nul ne peut se faire un titre à soi-même*, a été d'une manière générale modifiée en faveur des commerçants dans leurs rapports avec les non-commerçants, en tant qu'ils peuvent demander qu'on leur défère le serment à eux-mêmes. La modification est générale comme la règle à laquelle elle s'applique.

Mais cette interprétation ne saurait être admise, elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi. *A l'esprit de la loi :* car c'est pour les faits commerciaux qu'on a fait fléchir le principe, non pour les faits civils : ceux-ci ne relèvent que du droit commun ; à leur égard on n'a pas modifié le principe que nul ne peut se faire un titre à soi-même, et il n'y avait aucune raison de le modifier. Aussi l'art. 1329 ne parle-t-il que des *fournitures :* il ne permet au juge de déférer le serment au commerçant demandeur qu'autant qu'il réclame le paiement d'une fourniture, nullement quand il s'agit de l'exécution d'un engagement civil (1).

— J'arrive au cas où le défendeur est, comme le demandeur lui-même, commerçant. Les registres feront preuve complète ; mais il faut pour cela le concours de ces trois conditions : que le procès s'agite entre deux commerçants, que le fait soit commercial au moins de la part du demandeur, et que les registres soient en règle (Code de comm., art. 12). Alors, en effet, d'une part, il s'agit d'opérations trop nombreuses et trop réitérées pour qu'on puisse exiger des actes en forme ; d'autre part, chacune des parties en cause peut se servir des mêmes armes.

commerçant à son adversaire. Comp. M. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, p. 70, n° 67.

(1) Voyez en ce sens MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civ. franç.*, 3e édition, t. VI, § 757, note 2.

Et cela montre que la dérogation au principe, *nul ne peut se faire un titre à soi-même*, est moins grave qu'elle ne le paraît au premier abord : car ce n'est pas au témoignage des registres seuls du demandeur qu'on s'en rapporte, c'est à ce témoignage confirmé par celui des registres du défendeur. Si les registres de ce dernier, en les supposant bien tenus, étaient en opposition avec ceux du demandeur, ils en neutraliseraient l'autorité. C'est comme si chacune des parties produisait son témoin : si le témoignage des deux témoins concorde, il fera preuve ; mais s'ils sont en désaccord, si l'un nie ce que l'autre affirme, et qu'ils soient également dignes de foi, le juge ne pourra pas plus s'en rapporter à la déposition de l'un qu'à la déposition de l'autre, et il devra chercher ailleurs les éléments de sa décision.

— Jusqu'à présent nous avons supposé que le commerçant était demandeur. Supposons maintenant qu'il est défendeur, que ce n'est pas lui qui intente l'action, mais que c'est contre lui qu'elle est intentée. Quel est le principe du droit commun ? C'est que nul n'est tenu de prouver contre soi, de fournir des pièces à son adversaire. A l'égard des commerçants on a admis une dérogation à ce principe : ils peuvent être sommés de produire leurs registres, et ne peuvent se refuser à cette production, sous peine de voir le serment déféré au demandeur s'il offre de s'en rapporter aux registres dont il réclame le témoignage (Code de comm., art. 17).

On a admis une seconde exception au droit commun, quant aux livres des commerçants. En effet, c'est un principe que les juges ne peuvent pas d'office ordonner ce qui ne leur est pas demandé : ils doivent se borner à faire droit aux conclusions des parties. Mais, pour les registres des commerçants, ils peuvent en ordonner d'office la représentation.

Reste à savoir si, quand il s'agit de la preuve à faire contre le commerçant lui-même à l'aide de ses registres, il faut distinguer suivant que le demandeur est ou non commerçant, suivant que la somme réclamée est plus ou moins forte, enfin suivant que la contestation est ou n'est pas commerciale. Pour la solution de

ces questions, tout dépend du principe auquel on rattachera les dispositions du Code de commerce sur ce point. Or, quel est ce principe? c'est l'aveu. Que sont, en effet, les registres du commerçant, sinon des documents émanés de lui, rédigés par lui, fournis par lui? Il ne peut donc pas en récuser le témoignage, car ce témoignage est le sien; les déclarations qui s'y trouvent, c'est lui qui les y a inscrites ou les y a fait inscrire: ce sont des aveux écrits par lui. Dès lors, que le demandeur soit ou non commerçant, en quoi cela peut-il infirmer l'autorité de ces aveux? que la somme soit forte ou faible, que la contestation soit civile ou commerciale, est-ce que l'aveu du défendeur en a moins de poids? est-ce qu'il peut le récuser? Je crois donc que toutes les difficultés disparaissent devant l'autorité qui s'attache à l'aveu.

Il faut encore tirer de là cette conséquence que l'irrégularité des livres, qui suffit pour les faire écarter quand le commerçant qui les a tenus est demandeur, est indifférente quand c'est lui qui est défendeur: car il ne peut se prévaloir de sa négligence. Aussi l'art. 1330 du Code Napoléon dit-il, sans distinguer si les livres sont régulièrement tenus ou non: « Les livres des « commerçants font preuve contre eux; » — et l'art. 13 du Code de commerce dit, de son côté: « Les livres que les individus fai- « sant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils « n'auraient pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne « pourront être représentés ni faire foi en justice *au profit de* « *ceux qui les auront tenus...* » Donc ils pourront faire foi *contre ceux qui les auront tenus.*

Je passe à la troisième partie de cette matière, à la procédure, aux moyens de faire sortir des registres la preuve qui y est contenue. Les dispositions qui se réfèrent à cet ordre d'idées sont d'une importance secondaire, sans doute, en théorie, mais d'une importance très-grande au point de vue pratique: car, devant la justice, il ne s'agit pas de savoir ce qui est ou n'est pas, mais ce qui est prouvé ou ne l'est pas. On peut perdre le meilleur

procès, faute de preuves; on peut succomber dans la réclamation la mieux fondée, parce qu'on n'a pas entre les mains les pièces qui pourraient la faire triompher. La vérité judiciaire est tout entière dans la preuve.

Pour atteindre le but qu'il se proposait ici, le législateur a eu recours à deux ordres de moyens fort différents, quoiqu'ayant de l'analogie, savoir : à la représentation des registres et à la communication des registres. C'est là ce qu'il me reste à expliquer.

Qu'entend-on par *représentation*? C'est l'exhibition du registre, afin qu'il puisse être consulté à un endroit donné où se trouve quelque mention relative au différend. — La représentation est la règle générale, le droit commun : elle peut avoir lieu dans toute contestation, où l'on est recevable à invoquer les registres, soit comme moyen de preuve complète, soit comme ayant une force probante à un degré quelconque. Aussi l'art. 15 dit-il que, dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend. Cet article n'admet donc aucune restriction, aucune limitation à la faculté, qu'il reconnaît aux juges, d'ordonner la représentation des livres; et l'article suivant indique que la représentation peut être offerte, requise ou ordonnée d'office : *offerte*, lorsque celui qui a tenu les livres veut en tirer avantage; *requise*, lorsqu'ils sont invoqués contre lui; enfin *ordonnée d'office*, lorsque le juge, sans en être requis par aucune des parties, exige la représentation des livres. C'est le moyen ordinaire et normal pour la justice de s'éclairer sur ce qu'il lui importe de savoir pour prononcer en connaissance de cause, de puiser dans les registres les renseignements qui peuvent s'y trouver, et c'est pour les parties le moyen naturel et normal d'utiliser à leur profit ces renseignements.

Voilà ce qui concerne la *représentation* des livres. Occupons-nous de la *communication*. — En quoi diffère-t-elle de la représentation? Comme le plus diffère du moins. La communication, en effet, est la remise du registre pour être compulsé,

examiné dans son ensemble, depuis le premier feuillet jusqu'au dernier; elle implique donc un examen général du registre, et non pas seulement, comme la représentation, un simple relevé ou extrait de certaines indications déterminées.

Dès lors, autant on devait se montrer facile à admettre la représentation des registres, autant on devait se montrer difficile à en admettre la communication.

En effet, bien différente en cela de la représentation, la communication aurait les plus graves inconvénients : elle dévoilerait le secret des affaires du commerçant, secret si important dans le commerce ; elle mettrait sur la trace d'opérations en voie d'exécution et en compromettrait le succès; en un mot, elle pourrait porter atteinte à ce que les commerçants ont de plus précieux, leur crédit. Aussi la communication n'est-elle admise que par exception, et dans un petit nombre de cas spécifiés par la loi elle-même, auxquels on ne peut pas en ajouter d'autres. — La communication et la représentation des livres sont donc deux mesures d'une nature différente et soumises par suite à des règles différentes.

Quels sont les cas dans lesquels la communication pourra avoir lieu? Ces cas, qui sont limités à quatre (C. de comm., art. 14), sont d'abord ceux de *communauté* et de *succession*. En effet, comment pourrait-on parvenir à liquider et à partager une succession, une communauté, sans prendre une connaissance complète des registres? Ce n'est pas tel ou tel article, c'est l'ensemble de tous les articles, qui intéresse l'actif et le passif de la succession ou de la communauté, qui peut contribuer à l'accroître ou à le diminuer. La communication est donc ici commandée par la nature même des choses ; d'ailleurs, elle ne présente pas les inconvénients qu'elle aurait en thèse générale, elle ne peut nuire au crédit de personne.

Le troisième cas dans lequel la communication est admise est celui de *liquidation de société*. Il y a la même raison que dans les cas de communauté et de succession, et pas plus d'inconvénients, puisque, dès que la société a pris fin, elle n'a plus besoin de

crédit. Pendant l'existence même de la société, la communication pourrait être ordonnée, s'il y avait lieu, pour contrôler la gestion d'un administrateur : car cette vérification ne serait pas possible sans cela ; d'ailleurs, elle sera restreinte à des personnes intéressées à ne pas compromettre les intérêts de la société, qui sont les leurs ; de plus, en leur qualité d'intéressés ou d'associés, ces personnes ont le droit d'être initiées aux affaires de la société.

Enfin le quatrième cas est celui de *faillite*. Dans ce cas, les raisons qui s'appliquent aux cas précédents existent encore. Car, d'un côté, sans l'examen complet des registres la liquidation ne serait pas possible, et, d'un autre côté, le failli n'a plus de crédit, il n'a rien à perdre sous ce rapport. Mais, à ces raisons, vient s'en joindre une d'ordre public : c'est par l'examen des registres qu'on peut apprécier la gestion du failli, connaître les causes, le caractère de sa faillite, savoir s'il y a des éléments constitutifs du délit de banqueroute simple ou du crime de banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire d'un délit ou d'un crime dont la répression importe à la société tout entière.

Ces diverses exceptions sont donc aussi faciles à justifier que la règle elle-même.

— Le législateur, pour ne rien laisser d'incertain, ne rien livrer à l'arbitraire, a prévu une difficulté de fait qui aurait pu embarrasser les juges. Il est possible que les registres, dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée d'office, se trouvent dans des lieux plus ou moins éloignés de celui où siége le tribunal saisi de la contestation.

Dans ce cas, quelle marche suivra-t-on ? fera-t-on venir les registres au lieu où siége le tribunal ? Non : le tribunal saisi de la contestation chargera le tribunal de commerce du lieu où sont les registres, ou, à défaut de tribunal, le juge de paix, de prendre connaissance de ce que les registres contiennent d'utile à connaître pour la décision du différend, d'en faire un extrait, d'en dresser un procès-verbal et de le lui transmettre.

C'est ce qui est dit dans l'art. 16. — Seulement on se sert d'une

expression différente, suivant qu'il s'agit d'un mandat donné par le tribunal saisi de l'affaire à un autre tribunal, ou que le tribunal saisi de l'affaire se fait remplacer par un juge de paix : dans le premier cas, on dit qu'il donne une *commission rogatoire*, parce que, comme il s'agit de deux tribunaux dont l'un n'a pas plus d'autorité que l'autre, dont la position hiérarchique est la même, l'un ne peut adresser à l'autre qu'une *prière*, c'est ce qu'on entend ici par commission rogatoire ; — tandis que, quand il s'agit d'un juge de paix, qui est dans une position inférieure, on dit que le tribunal le délègue, lui confère une sorte de pouvoir qu'il n'a pas par lui-même, et lui adresse en même temps une sorte d'injonction. Voilà l'explication de ces mots, *commission rogatoire*, *délégation*, qui, du reste, ne présentent en eux-mêmes aucune difficulté.

Mais n'y a-t-il pas dans l'art. 16 une omission, une lacune ? Cet article parle bien de la représentation des livres, mais il ne dit mot de la communication ; or il peut arriver que des livres dont la communication est nécessaire et autorisée par la loi, ne se trouvent pas dans le lieu où cette communication doit se faire. La difficulté peut aussi bien se présenter dans le cas où il y a lieu à la communication que dans celui où il y a lieu à la représentation des livres, et cependant elle n'a été prévue que pour le cas de représentation.

Que faut-il donc décider à l'égard de la communication ?

Ne peut-on pas dire que la loi n'a pas parlé de la communication dans l'art. 16, parce que c'est un cas beaucoup moins fréquent que celui de la représentation des livres, mais qu'il y a la même raison de décider et qu'il faut décider de la même manière ? Non, on ne peut raisonner ainsi. En matière de communication de registres, tout est de rigueur, de droit étroit : on ne peut pas raisonner par analogie, procéder par induction.

D'ailleurs, l'analogie n'existe pas. En effet, il ne faut pas l'oublier, la communication emporte l'examen complet du registre : dès lors, si l'on voulait procéder comme dans le cas de représentation, il faudrait faire copier les registres dans leur

entier, et s'il y avait plusieurs registres, les copier tous. Le remède serait donc, que l'on me passe l'expression, pire que le mal. Ce moyen est impraticable quand il s'agit de la communication des registres : il entrainerait une trop grande perte de temps, trop de frais ; et d'ailleurs, il n'offrirait pas la garantie d'une reproduction fidèle et exacte du contenu des registres : car en les transcrivant on pourrait commettre des omissions ou des erreurs. C'est donc avec raison que l'art. 16 n'a parlé que de la représentation, et l'on ne peut étendre sa disposition au cas tout différent où il s'agit de la communication des livres.

APPENDICE (Ch. D.).

Nous connaissons les règles de la loi sur la tenue des livres de commerce ; mais il est indispensable d'ajouter ici quelques renseignements très-sommaires sur les habitudes des commerçants en cette matière, sur le mode que l'expérience leur a signalé comme étant le plus avantageux, soit au point de vue de la constatation méthodique de toutes les affaires dans lesquelles ils sont intéressés, soit au point de vue de l'appréciation facile et sûre de leur situation à un moment donné.

D'abord le Code de commerce impose à tout commerçant l'obligation d'avoir trois livres, le *livre-journal*, le *livre des inventaires*, le *livre des copies de lettres*. Le commerçant qui tient régulièrement ces trois livres est en règle avec la loi. Est-ce à dire qu'il n'a aucun besoin d'en tenir d'autres? Non : il serait même à peu près impossible que celui qui se livre à un commerce un peu étendu, pût l'exercer *raisonnablement*, en se rendant bien compte de ce qu'il doit faire et de ce qu'il doit éviter, s'il n'avait que les trois livres exigés par la loi. Aussi le

Code lui-même (art. 8) parle-t-il d'*autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont point indispensables*. Parmi ces autres livres, nous en signalerons deux, dont l'usage est général, savoir : le *grand-livre* et le *livre de caisse*.

Le *grand-livre* est un registre sur lequel le commerçant ouvre un compte à chaque personne avec laquelle il est en rapport d'affaires. *Ouvrir un compte* à une personne, c'est écrire en haut d'un feuillet le nom de la personne, puis diviser ce feuillet en deux colonnes, la colonne de gauche intitulée *doit*, et la colonne de droite intitulée *avoir* (1). Chaque fois que Paul, à qui j'ai ainsi ouvert un compte, devient mon débiteur, par suite d'une vente que je lui fais, ou cesse d'être mon créancier, par suite d'un paiement que j'effectue à son profit, je mentionne l'opération dans la colonne de gauche, ou, en d'autres termes, je porte la somme à son *débit ;* toutes les fois, au contraire, que Paul devient mon créancier, ou qu'il me paie ce qu'il me devait, je mentionne l'opération à la colonne de droite, je porte la somme à son *crédit*. — On comprend sans peine qu'avec ce grand-livre je puis à volonté et en quelques instants connaître, de la manière la plus précise, où j'en suis avec tel ou tel de mes correspondants, si et de combien je suis en définitive son débiteur, ou au contraire son créancier. Le grand-livre ne fait que reproduire les énonciations du livre-journal ; mais il les reproduit dans un ordre logique et de manière à rendre les recherches aussi faciles que possible. Dans le livre-journal toutes mes opérations figurent simplement par ordre de dates, tandis que dans le grand-livre elles figurent sous le nom des diverses personnes avec qui je suis en rapport d'affaires.

Quant au *livre de caisse*, c'est un registre sur lequel le commerçant mentionne les paiements qu'il a faits et ceux qu'il a reçus, en d'autres termes, les sommes qui sont sorties de sa caisse

(1) Habituellement on consacre à chaque compte deux pages entières du registre, deux pages qui se trouvent l'une en face de l'autre : celle de gauche est pour le *débit*, celle de droite pour le *crédit*.

et celles qui, au contraire, y sont entrées. Chaque soir, le commerçant *fait sa caisse*, c'est-à-dire qu'il vérifie si sa caisse contient bien les valeurs qu'elle doit contenir eu égard aux indications du livre de caisse. Ce livre de caisse, comme le grand-livre, contient des énonciations qui ont été portées d'abord sur le livre-journal auquel on les emprunte.

— « La comptabilité précédente est fort simple ; mais aussi est-elle trop simple, n'est-elle qu'une moitié de comptabilité. Je saurai fort bien où en est Paul envers moi, et ainsi de mes divers débiteurs et créanciers individuellement. Mais moi, où en suis-je de mes affaires ? Quel est le rapport de la masse de mes débiteurs à la masse de mes créanciers?... Ai-je ou n'ai-je pas assez dans ma caisse et avec mes créances pour remplir mon découvert? Mon capital est-il resté stationnaire ; a-t-il augmenté ; a-t-il, au contraire, diminué, peu ou considérablement ? N'est-il point même absorbé et dépassé? Voilà ce que je ne sais point, et puis d'autant moins savoir que mes affaires sont plus multipliées....

« Un autre vice de la comptabilité *en partie simple*, ce sont les difficultés qu'elle présente pour contrôler les écritures et retrouver les erreurs. Au contraire, la comptabilité *en partie double* porte son contrôle et sa preuve avec elle » (1).

Quels sont donc les caractères essentiels de cette comptabilité *en partie double* ? On peut les formuler clairement et en peu de mots : car, si les applications du système sont souvent délicates, le principe même sur lequel il repose est au contraire facile à saisir.

Dans ce système, le commerçant n'ouvre pas seulement un compte à chacune des personnes avec lesquelles il est en rapport d'affaires ; il en ouvre un à lui-même, ou plutôt, décomposant l'ensemble de sa position commerciale en un certain nombre d'éléments constitutifs, il personnifie en quelque sorte chacun de ces éléments pour lui ouvrir un compte distinct. Or quels

(1) *Études analytiques de comptabilité* par Léon Tillard, p. 27-28.

sont les éléments constitutifs de la situation commerciale d'un négociant? Ils sont au nombre de cinq, que l'on exprime habituellement ainsi : *Marchandises, caisse, effets à recevoir, effets à payer, pertes et profits.*

Voyons d'une manière générale comment, dans ce système, sera tenu le livre-journal, comment sera tenu le grand-livre.

Je suppose que j'ai vendu à Paul 10 pièces de vin à 200 fr. l'une, payables le 1er août prochain. Voici la mention qui sera faite sur mon livre-journal : PAUL *doit* (1) *à* MARCHANDISES *fr.* 2,000, *pour vente que je lui ai faite...* — Si, au contraire, j'avais acheté à Paul les 10 pièces de vin, je devrais mettre sur mon livre-journal : MARCHANDISES *doivent à* PAUL *fr.* 2,000, *pour vente qu'il m'a faite...* — Si j'ai compté à Paul 1,000 fr. en espèces, je mettrai : PAUL *doit à* CAISSE *fr.* 1,000, *à lui comptés en espèces.* — Enfin, si nous supposons que Paul m'a remis un billet à mon ordre, de 3,000 fr., payable au 1er août prochain, voici la mention qui sera faite : EFFETS A RECEVOIR *doivent à* PAUL 3,000 *fr. pour son billet à mon ordre, au 1er août prochain.* Si, au contraire, j'ai souscrit un billet à l'ordre de Paul, la mention sera ainsi conçue : PAUL doit à EFFETS A PAYER...

Ces exemples suffisent pour donner une idée de la manière dont le livre-journal est tenu *en partie double*. Ajoutons seulement que, quand je fais un achat ou une vente au comptant, je n'ai pas besoin de *créditer* ou de *débiter* le tiers vendeur ou acheteur. Il me suffira d'écrire : MARCHANDISES *doivent à* CAISSE *fr.* 1,000 *pour achat que j'ai fait à Paul...*; ou, *vice versâ*, CAISSE *doit à* MARCHANDISES *fr.* 1,000 *pour vente que j'ai faite à Paul...*

En s'attachant toujours à cette idée fondamentale qu'il faut *débiter celui qui reçoit et créditer celui qui donne*, nous comprendrons sans aucune difficulté comment, dans le même système, est tenu le grand-livre. Dans le grand-livre chaque

(1) Dans l'usage, comme ce mot *doit* reviendrait trop souvent, on ne l'écrit pas : il est sous-entendu.

opération doit figurer au moins deux fois. En effet, dans ce grand-livre non-seulement j'ouvre un compte à chacun de mes correspondants (*comptes particuliers*), mais à moi-même j'en ouvre un, ou plutôt cinq, sous le nom de *marchandises*, *caisse*, *effets à recevoir*, *effets à payer*, *pertes et profits* (*comptes généraux*). Alors, pour reprendre les exemples précédemment donnés :

Si je vends à Paul 10 pièces de vin à 200 fr. l'une, payables le 1er août prochain, l'opération devra figurer sur mon grand-livre au *débit* de PAUL et au *crédit* de MARCHANDISES ;

Si, au contraire, j'achète à Paul les 10 pièces de vin, cela viendra au *crédit* de PAUL, au *débit* de MARCHANDISES ;

Si je compte à Paul 1,000 fr. en espèces, cela viendra au *débit* de PAUL, au *crédit* de CAISSE ;

Si Paul me remet un billet à mon ordre, cela viendra au *crédit* de PAUL, au *débit* d'EFFETS A RECEVOIR, — tandis que, si je lui souscris un billet, cela sera porté à son *débit* et au *crédit* d'EFFETS A PAYER ;

Enfin, si je fais une vente de marchandises au comptant, il n'y a pas besoin de la faire figurer au compte particulier de l'acheteur, il suffit de la porter au *crédit* de MARCHANDISES et au *débit* de CAISSE.

Nous n'avons encore rien dit du compte général *Pertes et profits*. Un mot seulement à cet égard. Le compte *Pertes et profits* donne le résultat définitif des opérations mentionnées aux quatre autres comptes généraux. Ainsi, j'ai acheté au prix de 20,000 fr. une partie de marchandises, et, pour une raison quelconque, je n'ai retiré que 18,000 fr. de la revente : je porterai 2,000 fr. au *débit* de PERTES ET PROFITS. Réciproquement, si de ces marchandises achetées 20,000 fr. j'en ai retiré 25,000, je porterai 5,000 fr. au *crédit* de PERTES ET PROFITS (1).

(1) Pour formuler les indications très-générales qui précèdent, je me suis servi surtout de l'ouvrage intitulé *la Tenue des livres*, par Edmond de Granges (26e édition). On peut consulter aussi le *Cours d'économie politique*, par J.-B. Say (VIIIe partie, ch. 18).

—Je crois ne pouvoir mieux terminer cet *appendice* qu'en donnant quelques indications sur les principes suivis en Angleterre relativement aux livres de commerce. J'emprunte ces indications à un ouvrage tout récemment publié, qui joint à d'autres mérites celui d'une incontestable opportunité (1).

« La loi anglaise, dit M. Colfavru, ne contient aucune disposi-
« tion impérative pour obliger les commerçants à tenir des li-
« vres... Les auteurs anglais qui ont écrit sur le droit commer-
« cial n'accusent point la sollicitude ombrageuse et l'intervention
« prudente de la loi française ; mais ils ont plus de confiance dans
« les habitudes sévères qui, comme une loi naturelle, régissent
« la vie commerciale, et dans le contrôle intéressé et vigilant de
« l'opinion publique, que dans une coërcition légale...

« Le même but est atteint; mais les livres du commerçant
« n'auront en justice aucune autorité exceptionnelle. Par cela
« seul qu'ils sont affranchis de tout moyen de contrôler et d'as-
« surer leur sincérité, ils n'auront aucun caractère moral supé-
« rieur à toute autre pièce non authentique.

« Toutefois..., la loi anglaise n'abdique pas son droit de ré-
« pression, si l'irrégularité, la falsification ou l'absence de ses
« livres s'élève contre un commerçant comme un témoin accu-
« sateur de ses imprudences ou de ses fraudes. » M. Colfavru cite à cet égard des dispositions remarquables contenues dans la section 256 de la loi *sur les banqueroutes* (1er août 1849).

Je conclus de ce qui précède que, lorsqu'un tribunal français est saisi d'une contestation entre deux commerçants, l'un français et l'autre anglais, pour fait de commerce, le Français est recevable à invoquer ses livres à l'appui de sa prétention, conformément aux art. 12 et 13 : car l'adversaire, bien que n'étant pas soumis par un article de loi à l'obligation de tenir des livres, serait cependant en faute, d'après les habitudes de son pays, s'il n'en avait pas tenu ou s'il n'avait que des livres irrégulièrement

(1) *Le Droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, par M. Colfavru, avocat à la Cour impériale de Paris.

tenus. Il ne doit donc pas être traité comme le non-commerçant dont parle l'art. 1329 du Code Napoléon. — J'ajoute que le tribunal français peut adresser une commission rogatoire au tribunal étranger, dans les termes de l'art. 16 : en général, l'usage des nations a introduit la règle que le juge étranger accepte cette mission (1).

(1) Voy. le *Traité du droit international privé*, par M. Fœlix, 3e édition, t. I, nos 239 et suiv. Voy. aussi M. Massé, *Droit commercial*, 2e édition, t. II, no 784.

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

I. — DES SOCIÉTÉS EN GÉNÉRAL.

L'origine des sociétés est fort ancienne, on peut même dire immémoriale. Elles étaient connues, mais elles occupaient peu de place, dans le droit romain et dans notre ancienne législation; et tels sont les progrès accomplis depuis lors qu'on peut en quelque sorte considérer la société comme une création moderne. Rien, en effet, dans le droit romain, rien dans notre ancienne législation, qui puisse expliquer les résultats qu'on a obtenus de nos jours par des combinaisons nouvelles qui ont porté le principe de l'association à un degré si prodigieux de puissance et d'énergie (1).

Quant au but de la société, il est aujourd'hui ce qu'il était anciennement, ce qu'il a toujours été : on se met en société pour obtenir, par une réunion de capitaux, par une communauté d'efforts, par une concentration de forces en un mot, des résultats auxquels on ne pourrait atteindre si l'on était réduit à ses ressources individuelles, à ses moyens particuliers. C'est en ce sens qu'on dit : *l'union fait la force*. Telle est aussi l'idée qu'au

(1) Il y a là, à mon sens, un peu d'exagération. Les Romains ont connu des sociétés (notamment les *societates argentariæ* et les *societates vectigales*) qui, soit au point de vue des valeurs qui s'y trouvaient engagées, soit au point de vue des règles qui présidaient à leur organisation, peuvent très-bien soutenir la comparaison avec nos grandes sociétés commerciales. Voyez, à cet égard, le tableau animé que trace M. Troplong dans la préface de son commentaire sur le contrat de société.

commencement de son chapitre sur les sociétés Domat exprimait en ces termes :

« L'origine de cette espèce de liaison est la nature de certains « ouvrages, de certains commerces et d'autres affaires, dont « l'étendue demande l'union et l'application de plusieurs per- « sonnes. C'est ainsi qu'on fait des sociétés pour des manufac- « tures, pour des commerces de marchandises et pour d'autres « affaires de plusieurs natures, selon qu'elles demandent le con- « cours du travail, de l'industrie, du soin, du crédit, de l'ar- « gent et autres secours de plusieurs personnes. Et l'usage de « ces sortes de sociétés est de faciliter l'entreprise, l'ouvrage, le « commerce ou autre affaire pour laquelle on entre en société, « et de faire que chacun des associés retire de ce qu'il contribue, « joint au secours des autres, les profits et autres avantages « qu'aucun ne pourrait avoir de lui seul. »

Le contrat de société est régi par trois sortes de principes ou de règles : les règles du droit civil, les règles du droit commercial et les conventions des parties (C. de comm., art. 18). Mais, au-dessus de ces règles, il y a des conditions essentielles, fondamentales, qui dominent toutes les sociétés, et en dehors desquelles il ne saurait en exister d'aucune sorte. Ce sont donc ces conditions qu'il faut expliquer tout d'abord ; ce sont là les prolégomènes de la matière, elles doivent être en quelque sorte inscrites à son frontispice.

PREMIÈRE CONDITION.

La société suppose un contrat.

Toute société est un *contrat* : là où il n'y a pas de contrat, il ne saurait y avoir de société ; absence de contrat, impossibilité absolue de société.

Il faut donc bien se garder de confondre la *communauté*

d'intérêts qui s'établit sans contrat et la *société* : car ce sont deux situations fort différentes.

Il est facile de trouver des exemples de cas où il y a communauté d'intérêts ou simple indivision sans qu'il y ait eu contrat. Ainsi, cela se rencontre quand plusieurs personnes sont créancières d'un même débiteur en faillite, sont appelées à recueillir la même succession, ou que la même chose a été léguée à plusieurs. Dans ces différents cas, il y a communauté, indivision, mais non pas société. C'est ce que disait Pothier, au n° 2 de son *Traité des Sociétés;* mais, en admettant entre ces deux situations une différence de principes, il n'en admettait pas quant aux effets, et cela même prouve combien dans l'ancien droit on se faisait une idée imparfaite de ce puissant instrument qui s'appelle *la société*.

Nous allons comparer, à divers points de vue, la simple communauté d'intérêts et la société, et nous allons voir qu'elles ne diffèrent pas moins quant à leurs effets que quant à leur cause génératrice :

1° Y a-t-il société, la durée en est fixée par les parties comme bon leur semble. Y a-t-il simple communauté, point de contrat et partant point de durée conventionnelle; le principe est que chacun des intéressés peut faire cesser l'indivision quand bon lui semble (C. Nap., art. 815).

2° En matière de société, chacun des associés est tenu de préférer l'intérêt commun à son intérêt particulier : en effet, la société a été formée en vue d'un but déterminé, auquel tous les associés doivent subordonner leurs vues propres, leurs intérêts individuels. Il en est autrement en matière de simple communauté.

3° La société établit des rapports de personne à personne, elle est fondée sur la considération des personnes, et, par conséquent, lorsque ces rapports ne peuvent plus subsister, elle doit cesser. Il en est autrement en matière de simple communauté, celle-ci n'établissant que des rapports de choses et non des rapports de personnes.

— Comparons, à un second point de vue, la simple commu-

nauté et la société, et nous rencontrerons des différences non moins frappantes.

La société, étant un contrat, exige des conditions de capacité qui ne sauraient nullement s'appliquer à la simple communauté. Qu'importe, en effet, que les communistes soient capables ou non, puisque ce n'est pas de leur volonté que la communauté procède? Au contraire, pour former une société, il faut évidemment être capable de contracter. Du reste, on suit ici le principe général que la capacité est la règle, l'incapacité l'exception. Il n'y a d'incapables que ceux qui sont déclarés tels par la loi. Ce sont : les interdits, les mineurs, les femmes mariées.

L'incapacité des interdits ne pourra pas être couverte quand il s'agira d'une société de personnes, et l'interdit ne pourra pas non plus être remplacé par son tuteur, — ce qui fait qu'il ne pourra jamais figurer dans une société de ce genre; mais rien n'empêcherait le tuteur de l'interdit de placer les capitaux de ce dernier en actions dans des sociétés en commandite ou anonymes, parce que, entre l'actionnaire et la société, il n'y a aucun lien personnel, il n'y a que des rapports d'intérêts.

Quant aux mineurs et aux femmes mariées, ils pourront faire partie d'une société même de personnes, pourvu qu'ils soient dûment habilités, et, s'il s'agit d'une société dont on ne peut faire partie sans être commerçant, pourvu qu'ils remplissent toutes les conditions voulues pour devenir commerçants : le consentement du mari ne pourrait donc pas être suppléé à cet égard par l'autorisation de la justice (1).

Mais on demande si le mineur commerçant ou la femme commerçante pourraient en cette seule qualité, et sans avoir besoin d'une nouvelle autorisation, s'associer avec un tiers pour l'exploitation de son commerce, pour étendre ses opérations et leur donner plus d'importance. Je décide que non. En effet, la capacité du mineur et de la femme mariée, étant exceptionnelle,

(1) C'est du moins ainsi que nous entendons l'article 4 du Code de commerce.

doit être plutôt restreinte qu'étendue, et, en les autorisant à faire le commerce, on a entendu les autoriser à le faire comme le font en général les commerçants, c'est-à-dire par eux-mêmes, sous la responsabilité de leurs propres actes, mais non avec le concours et sous la responsabilité des actes d'un tiers; il y aurait là un changement de situation, une aggravation de responsabilité à laquelle le mineur ou la femme ne saurait se soumettre sans une autorisation spéciale (1).

En ce qui concerne la femme, il y a une raison de plus. Indépendamment de son intérêt moral, le mari ne serait plus aussi libre de revenir sur son autorisation, si ce retrait d'autorisation devait affecter les intérêts d'un tiers, qui serait en droit d'y résister; ce serait une atteinte indirecte à la puissance maritale (2).

(1) Voyez en ce sens M. Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 297, et *Traité de la minorité*, t. II, n° 343. Quant à M. Molinier, il admet bien cette doctrine en ce qui concerne la femme mariée (*Droit commercial*, t. I, n° 176), mais non en ce qui concerne le mineur (*ibid.*, n° 155); et la même distinction ressort des décisions judiciaires rendues jusqu'à présent. En effet, d'une part, la Cour de Caen a jugé, le 11 août 1828, que le mineur valablement autorisé à faire le commerce était par là même autorisé à contracter une société commerciale (Sir., 30, 2, 323); d'autre part, la Cour de Rouen a reconnu, le 3 décembre 1858, que l'autorisation de faire le commerce accordée à une femme mariée n'emporte pas pour elle capacité de contracter une société de commerce avec un tiers, et le pourvoi formé contre ce dernier arrêt a été rejeté par la Cour de cassation (Dev.-Car., 59, 2, 501; 60, 1, 74). Je n'aperçois point de motif suffisant pour distinguer ainsi entre le mineur et la femme mariée.

(2) Cette raison ne me paraît pas décisive. En effet, elle se présenterait également si le mari donnait à la femme l'autorisation spéciale de faire le commerce en société; et pourtant la femme ainsi autorisée pourrait bien certainement, et de l'aveu de M. Bravard lui-même, contracter une société commerciale.

Du reste, la même raison se retrouve dans l'arrêt de rejet cité à la note précédente : « Attendu, dit la Cour de cassation, qu'étendre les effets de « cette autorisation (l'autorisation de faire le commerce) jusqu'à la faculté « pour la femme de contracter une société en nom collectif avec des tiers, « ce serait conférer à des tiers le pouvoir d'obliger la femme et *fournir à « celle-ci le moyen de paralyser pendant toute la durée de cette société « l'exercice du droit réservé au mari ou au tribunal de retirer en tout temps « l'autorisation accordée;* — Attendu qu'un pareil résultat porterait atteinte « à la puissance maritale et à l'action de la justice.... » — Dans l'espèce, la

Reste à savoir si, quand un mineur ou une femme aura formé une société sans y être dûment autorisé, il sera seul recevable à se prévaloir de la nullité qui résulte de son incapacité. A cet égard, les auteurs sont d'accord pour admettre qu'il faut appliquer à ce cas l'art. 1125 du Code Napoléon, d'après lequel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité de celui avec qui elles ont contracté. Pour moi, je ne saurais accepter cette doctrine, du moins dans toute sa généralité.

Quant aux faits accomplis, aux bénéfices réalisés, aux pertes éprouvées, si la société a fonctionné pendant un temps plus ou moins long, j'admets que le mineur ou la femme mariée, en un mot, que l'incapable sera seul recevable à se prévaloir de son incapacité. En conséquence, s'il y a des bénéfices, il pourra y prendre part en maintenant la société; si, au contraire, il y a des pertes, il pourra se dispenser d'y contribuer, en la faisant déclarer nulle à son égard. Il y a là, sans doute, quelque chose d'exorbitant; mais l'art. 1125 me paraît conduire forcément à ce résultat : c'est à l'associé capable à s'imputer d'avoir contracté avec un incapable.

Si pour le passé l'associé capable est lié, tandis que l'incapable ne l'est pas, en sera-t-il de même pour l'avenir? L'associé capable sera-t-il tenu de rester en société avec l'incapable jusqu'au terme fixé, quelque éloigné qu'il puisse être? C'est ce que je ne saurais admettre : car il y aurait là quelque chose de contraire à la nature, à l'essence même du contrat de société. Comprendrait-on qu'une société dût subsister forcément entre deux personnes, à cette condition que tous les avantages seraient pour l'une, toutes les charges pour l'autre? Non. Je crois donc que l'associé capable sera en droit de dire à l'associé incapable : « Je m'oppose à ce que la société fonctionne tant que vous ne serez point

femme était séparée de corps et de biens, et elle avait été autorisée à faire le commerce par le même jugement qui avait prononcé la séparation. La question de validité de cette autorisation judiciaire ne paraît pas avoir été soulevée.

relevé de votre incapacité, que vous ne serez point valablement autorisé : car les opérations que nous ferions ne seraient point faites à nos risques et périls communs, et vous ne pouvez raisonnablement prétendre qu'il en soit ainsi. Faites-vous donc autoriser, sinon je fais prononcer la dissolution de la société. » Et je crois, en effet, qu'en pareil cas aucun tribunal n'hésiterait à prononcer cette dissolution ; ce serait là une cause légitime de dissolution s'il en fut jamais. — Je puis, à cet égard, invoquer un argument d'analogie qui me paraît assez concluant. Il en serait de ce cas comme de celui où une personne capable de s'engager aurait acheté d'un mineur un immeuble : le mineur pourrait bien demander la nullité de la vente, tandis que le majeur ne le pourrait pas ; mais, si le mineur réclamait le paiement du prix, le majeur aurait incontestablement le droit de se refuser à le lui payer, parce qu'il ne pourrait le payer valablement, et qu'il serait exposé à perdre la chose et le prix. Il aurait le droit de dire au mineur : « Je ne paierai qu'entre les mains de votre tuteur, parce que, sans cela, je ne serais pas libéré. Je ne reviens pas sur la vente que vous m'avez faite, je la tiens pour bonne ; mais je ne puis en exécuter les conditions sans prendre mes sûretés, sans avoir la garantie que le paiement que je ferai sera maintenu » (1). De même, l'associé capable dira à l'incapable : « Je ne conteste point les faits accomplis, je subirai les conséquences de votre incapacité quant aux opérations faites ; mais je ne puis être contraint à en faire de nouvelles, sans qu'il y ait pour moi la même garantie que pour vous. J'ai attendu jusqu'à présent pour faire cette demande parce que je ne croyais pas qu'il y eût chance de perte : dans les opérations entreprises, je regardais le succès comme assuré ; mais désormais je veux prendre mes sûretés, je ne veux plus rester sous

(1) Voyez en ce sens M. Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n° 345. L'éminent jurisconsulte va même bien plus loin : il est disposé à reconnaître à la partie qui a traité avec l'incapable le droit d'interpeller celui-ci ou ses représentants pour qu'ils aient à se prononcer entre la nullité ou la validité du contrat (*Op. cit.*, n^os^ 346 et 347).

le coup de cette inégalité de position qui me soumet moi seul aux chances défavorables. Je demande donc que cette inégalité cesse et que la société soit dissoute, tout au moins qu'il soit sursis à toute opération nouvelle. » Et, selon moi, il serait parfaitement dans son droit.

* L'incapable peut-il se mettre en société précisément avec la personne qui a pouvoir à l'effet de l'autoriser à faire le commerce? Dans ces derniers temps, la question s'est plusieurs fois présentée devant les tribunaux, soit relativement au mineur, soit relativement à la femme mariée. D'abord en ce qui concerne le mineur, c'est uniquement parce qu'il est dans un état d'incapacité naturelle, parce qu'il a besoin d'être protégé contre sa propre faiblesse, qu'il ne peut pas faire le commerce sans l'autorisation de son père ou de sa mère. Or, cette autorisation, pour avoir le caractère d'une protection réelle et sérieuse, doit évidemment être désintéressée de la part de celui de qui elle émane. Il faut donc s'en tenir ici à la règle *nemo auctor esse potest in suam causam*, règle qui a été établie par la sagesse romaine pour les cas du genre de celui qui nous occupe. C'est aussi ce qui est admis par la jurisprudence (1). — Mais la question offre plus de difficulté en ce qui concerne la femme mariée. Ici, l'incapacité étant surtout civile, étant principalement fondée sur la déférence que la femme doit au mari, on peut dire qu'il ne reste rien de cette incapacité dès que le mari a donné l'autorisation, et que, d'après la nature même et le but de cette autorisation, il peut la donner aussi bien quand il s'agit de son propre intérêt que quand il s'agit seulement de celui de la femme. En ne s'attachant qu'à cette idée, on arriverait à permettre, du moins en règle générale, le contrat de société entre époux. Je dis *en règle générale :* car le régime matrimonial établi entre les époux pourrait quelquefois mettre obstacle à ce qu'un contrat de société fût possible entre eux. Ainsi, la société en nom collectif ne paraît guère compatible avec le régime de communauté tel qu'il est

(1) Paris, 20 février 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 74).

organisé par le Code Napoléon (1). Mais la jurisprudence va beaucoup plus loin : elle n'admet pas qu'une société puisse être contractée entre deux époux, fussent-ils séparés de biens. En effet, d'une part, un associé doit être indépendant vis-à-vis de son associé; d'autre part, la femme, même séparée, est constituée par la loi dans un certain état de dépendance vis-à-vis de son mari : il y a donc là deux qualités qui s'excluent nécessairement l'une l'autre (2) *.

— Enfin j'envisage à un troisième point de vue la société et la simple communauté d'intérêts.

De ce que la société est un contrat, une convention, il résulte qu'en matière de société il y aura à remplir un autre ordre de conditions, qui ne s'appliquera pas à la simple communauté

(1) C'est effectivement ce que nous lisons dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Paris du 14 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 369).

(2) « Il est constant, dit la Cour de Paris (arrêt du 9 mars 1859; — « Dev.-Car., 59, 2, 502), que ladite société est une dérogation aux droits « résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme, ou qui « appartiennent au mari comme chef de l'union conjugale : en effet, con- « férant aux deux associés une égalité de droits et de pouvoirs, elle est « incompatible avec les droits et les pouvoirs du mari. Les conflits « d'intérêts que peut faire naître la société sont inconciliables avec les « droits et les devoirs respectifs des époux... » La même doctrine se rencontre déjà dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation (arrêt de cassation, de la chambre criminelle) du 9 août 1851 (Dev.-Car., 52, 1, 281). — Les auteurs sont divisés sur la question. On peut lire dans la *Revue pratique de droit français* (t. I, p. 433 et suiv.) une dissertation dans laquelle M. Delsol soutient que la femme, même commune, peut contracter avec son mari une société en nom collectif. Suivant M. Molinier (*Droit commerc.*, t. I, n° 177), rien n'empêche des époux mariés sous tout autre régime que celui de la communauté de former entre eux une société; seulement, le savant professeur ajoute que la femme devrait se faire autoriser par la justice pour passer ainsi un acte de société avec son mari, — ce qui me paraît tout à fait contraire au système général de nos lois (Voyez, sur ce dernier point, M. Demolombe, *Traité du mariage*, t. II, n^os^ 231 et suiv.). Enfin M. Massé (*le Droit commerc.*, t. II, n° 1267 de la 2^e^ édition) décide que les époux ne peuvent contracter entre eux aucune société civile ou commerciale : il invoque le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales; mais évidemment ce principe serait hors de cause si, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Paris en 1859, la société avait été contractée par un acte antérieur à la célébration du mariage.

d'intérêts établie sans contrat. Il y aura à examiner un ordre de questions qui ne pourra guère s'élever quand il s'agira d'une simple communauté d'intérêts : il faudra voir si la cause est licite ou illicite. C'est, en effet, une condition commune au contrat de société et à tous les contrats, qu'ils doivent avoir une cause licite.

A cet égard, il s'était élevé d'assez nombreuses difficultés, qui pour la plupart sont aplanies.

Comment reconnaître si la cause d'une société est licite ou illicite? Rien ne sera plus aisé quand la cause sera réprouvée par un texte formel de la loi. On pourra bien alors discuter sur les effets que doit produire la nullité, mais non sur la nullité elle-même; on ne pourra pas soutenir la validité du contrat. Mais, quand elle n'aura pas été prévue par la loi, sera-t-il permis aux juges de se fonder sur ce qu'elle serait contraire à l'ordre public ou à la morale pour la déclarer illicite, et partant pour annuler la société? Cette question s'est élevée dans la pratique. Elle a été débattue devant tous les degrés de juridiction, en première instance, en appel, et jusque devant la Cour de cassation; et, en suivant les diverses phases qu'elle a parcourues, on a pu être témoin d'un spectacle assez étrange : on a vu la même convention déclarée contraire à l'ordre public, réprouvée comme telle, par les juges du deuxième degré, après avoir été maintenue par ceux du premier degré comme parfaitement compatible avec l'ordre public. Tant il est vrai que l'ordre public, la morale, ce qui les constitue, échappe à toute définition précise, à toute appréciation certaine! Il semble pourtant que ce qui est contraire à l'ordre public, à la morale, devrait frapper tous les esprits, être jugé tel par tout le monde. Mais il y a des cas où rien n'est plus difficile à discerner que l'ordre public, la morale; ce sont là des expressions et des idées qui ont en elles-mêmes quelque chose de très-général, de très-vague, et qui échappent à toute définition rigoureuse.

Et, chose non moins extraordinaire, la divergence d'opinions qui s'était manifestée en première instance et en appel sur l'appréciation des faits se reproduisit devant la Cour de cassation

sur l'appréciation du point de droit. Devant cette Cour, il s'agissait de savoir si, en droit, les juges peuvent dans le silence de la loi annuler une société comme portant atteinte à l'ordre public ou à la morale. Sur cette question, il intervint d'abord un arrêt de partage ; mais l'arrêt qui vida le partage reconnut aux juges le droit qu'on leur contestait, de chercher en dehors des dispositions de la loi, dans leur raison et dans leur conscience, ce qui était conforme ou contraire à l'ordre public (1).

Cette jurisprudence, il ne faut pas se le dissimuler, n'est pas exempte d'inconvénients. Elle en a même un fort grave, celui d'introduire l'arbitraire, un arbitraire illimité, dans l'arène judiciaire, dont il devrait être banni : car, comme l'a dit Bâcon, « si le meilleur juge est celui qui se permet le moins d'arbitraire, « la meilleure loi est celle qui lui en laisse le moins, » et par conséquent la plus mauvaise celle qui lui en laisse le plus.

Mais ici cet inconvénient était inévitable : car on ne pouvait raisonnablement exiger du législateur qu'il dressât d'avance la nomenclature de toutes les conventions, de toutes les combinaisons, qui pourraient se présenter et seraient contraires à l'ordre public ou à la morale. Il appartenait donc au pouvoir judiciaire de suppléer ici à l'insuffisance du législateur, il était seul en position de le faire.

Cette doctrine ne saurait cependant être admise sans une restriction. Quand une convention aura été reconnue, ne fût-ce qu'implicitement, qu'indirectement, par la loi, il ne sera pas

(1) Arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1828 : « Considérant, en fait, que la Cour royale de Bourges a pu, sans violer expressément la loi, voir « dans l'acte du 21 janvier 1818, et en l'appréciant, des conventions « propres à gêner la liberté du commerce et à nuire à la concurrence, et « que cette interprétation, étant dans son domaine, échappe à la censure « de la Cour.... » (Dev.-Car., *Coll. nouv.*, t. IX, p. 112.)

Aujourd'hui encore on discute sur le point de savoir si la société formée pour l'exploitation d'une charge d'agent de change ne doit pas être annulée comme contraire à l'ordre public. L'opinion qui paraît prévaloir dans la pratique, c'est qu'en principe une pareille société est nulle. Voyez l'arrêt de la Cour de Paris du 10 mai 1860, rendu sur les conclusions de M. le procureur-général Chaix d'Est-Ange (Dev.-Car., 60, 2, 465).

permis aux juges, sous prétexte qu'elle serait contraire à l'ordre public, de la frapper de nullité. Libre à eux de suppléer au silence du législateur; mais, quand il s'est expliqué, ils n'ont autre chose à faire qu'à exécuter sa décision.

SECONDE CONDITION.

La société suppose un apport de chacun des associés.

Si l'un des contractants ne faisait pas d'apport, ce ne serait pas un associé, ce serait un donataire : car il recueillerait les avantages de la société sans rien fournir en retour. Cette donation serait valable si elle était déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, si on avait indiqué l'apport comme fourni, quoique réellement il ne l'eût pas été; dans le cas contraire, elle serait nulle ou valable, suivant qu'on aurait ou qu'on n'aurait pas observé les formes requises pour les donations.

S'il est nécessaire qu'il y ait un apport de la part de chacun des associés, il n'est pas nécessaire qu'il persiste pendant toute la durée de la société; il suffit qu'il existe au moment où la société se forme. Quand même la chose viendrait à périr le lendemain du jour où le contrat s'est formé, il n'en subsisterait pas moins. Ce pourrait être dans certains cas une cause de dissolution de la société; mais ce ne serait jamais une cause de nullité, d'inexistence de la société.

Que peut-on apporter en société? Tout ce qui a une valeur vénale, appréciable en argent, — par conséquent, non-seulement du numéraire, mais encore des marchandises, des meubles, des immeubles, des créances, un secret d'art, une industrie. Du reste, il n'est pas nécessaire que l'apport de chaque associé soit identique : chacun peut apporter une chose différente : l'un de l'argent, l'autre des marchandises, un troisième son industrie.

Peut-on apporter en société son crédit? Les jurisconsultes

romains mettaient le crédit sur la même ligne que l'argent : ils disaient qu'on peut apporter en société *pecuniam, gratiam* (1). Mais il faut distinguer entre le crédit politique et le crédit commercial. Le crédit politique ne peut être mis en société, pas plus qu'il ne peut être vendu : il n'a pas une valeur appréciable en argent; d'ailleurs, ce serait une spéculation immorale. Le crédit commercial, au contraire, est parfaitement appréciable en argent, et c'est un genre d'apport très-moral, très-favorable.

— Comment une chose peut-elle être apportée à la société? Elle peut l'être en *pleine propriété*, en *usufruit* ou en *jouissance*. Examinons rapidement ces trois cas :

Si la chose est apportée en pleine propriété, cet apport a deux conséquences :

1° L'associé n'a plus aucune action relativement à la chose, ni action en revendication ou en prélèvement, ni droit de créance contre la société; il n'a droit qu'à un équivalent de son apport, équivalent qui consiste dans un *intérêt* ou dans une *action*, comme je l'expliquerai plus tard.

2° Lorsque la chose, en supposant que ce soit un corps certain, vient à périr, la perte est pour le compte de la société, et l'associé conserve la plénitude des droits attachés à sa qualité d'associé.

Si l'apport n'est que de l'usufruit, il faut distinguer : s'agit-il d'un corps certain ou au contraire d'une quantité ou chose fongible? La chose existe-t-elle encore, ou, au contraire, a-t-elle péri? — Si c'est un corps certain et qu'il existe à la dissolution de la société, l'associé pourra le reprendre en nature, car l'usufruit de la société sera éteint; si c'est une quantité ou une chose fongible, l'associé aura une action en reprise de la valeur, car la société sera devenue propriétaire de cette quantité ou de cette chose fongible. — Autre différence. La société ne pourra disposer

(1) *Illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex æquis partibus socii simus, veluti si alter plus operæ, industriæ, gratiæ, pecuniæ, in societatem collaturus erat.* Proculus, L. 80 *Pro socio* (XVII, 2).

que de l'usufruit du corps certain ; mais elle pourra disposer librement de la chose fongible qui lui aura été apportée en usufruit, parce qu'elle en sera devenue propriétaire à charge de restitution. — Que si la chose a péri, ce qui suppose qu'il s'agit d'un corps certain, cette perte n'empêche pas la société de subsister, et ne fait pas perdre à l'associé les droits qui sont l'équivalent de l'usufruit qu'il a conféré à la société.

Enfin, et c'est le troisième cas, si l'apport n'est que de la jouissance, cet apport se confondra sans doute avec l'apport en usufruit quand il s'agira d'une chose fongible ou d'une quantité, mais quand il s'agira d'un corps certain, il y aura de notables différences entre l'apport en jouissance et l'apport en usufruit, soit que la chose subsiste, soit qu'elle ait péri. En effet :

1° L'apport en jouissance est toujours mobilier, car il n'implique pas un démembrement du droit de propriété, il implique simplement un droit aux fruits, *tendit ad quid mobile*, — tandis que, quand l'apport est en usufruit, le droit de la société est mobilier ou immobilier suivant que la chose est mobilière ou immobilière.

2° La chose vient-elle à périr : à partir de ce jour-là, l'associé cesse d'avoir droit aux bénéfices de la société, si son apport n'est que de la jouissance. En effet, cet apport est *successif*, se compose d'autant d'apports différents qu'il y a de perceptions de fruits à faire ; et, dès que la chose a péri, l'associé, ne mettant plus rien dans la société, n'a plus rien à y prétendre. Ce n'est pas tout. La société est dissoute : car, dès que la chose a péri, il n'y a plus d'apport possible de la part de l'associé qui avait apporté la jouissance ; dès lors, absence d'une condition essentielle à l'existence de toute société : partant, impossibilité pour la société de continuer à subsister et quant à cet associé et quant aux autres. — A ces deux points de vue, l'apport en jouissance diffère de l'apport en usufruit : car, quand il est en usufruit, la perte n'affecte ni les droits de l'associé ni les droits de la société.

TROISIÈME CONDITION.

Le contrat a été formé en vue de bénéfices à réaliser et à partager.

Que faut-il entendre ici par *bénéfices?* Plusieurs personnes conviennent de mettre en commun une certaine somme pour venir en aide à un malheureux : il y a là une souscription, mais non pas une société : car les souscripteurs ne se proposent pas de faire un bénéfice, mais, ce qui est tout le contraire, une œuvre de charité. Il faut donc qu'il y ait un avantage positif pour les contractants. Cet avantage se rencontrera dans une assurance mutuelle; mais il ne constituera pas un bénéfice, car autre chose est éviter une perte, autre chose est bénéficier; et en matière de société on entend par *bénéfices* une augmentation d'actif, un accroissement de fortune.

Approfondissant davantage l'idée de bénéfices, nous dirons qu'ils doivent être envisagés à deux points de vue différents : 1° en eux-mêmes; 2° quant à l'attribution qui en est faite.

En eux-mêmes. Il faut qu'ils constituent un avantage non pas simplement moral, mais positif, pécuniaire, et que cet avantage consiste, non dans l'immunité d'une perte, mais dans un accroissement d'actif, une augmentation de capital : c'est pourquoi les assurances mutuelles ne sont pas des sociétés. Mais il faut quelque chose de plus : il faut que cet accroissement de capital dérive directement de la société comme de son principe générateur, qu'il soit la suite de ses opérations, de son action plus étendue, de l'élévation de son capital ou de ses produits. C'est pourquoi les *tontines* ne sont pas des sociétés : il y a bien pour chacun des contractants un bénéfice en perspective, un *bénéfice* dans la véritable acception du mot; mais ce bénéfice ne résulte pas de l'augmentation du fonds social ou de ses produits, qui sont les mêmes le dernier jour que le premier; il résulte seulement de la

diminution des parties prenantes, du prédécès d'une ou de plusieurs d'entre elles, c'est-à-dire d'un événement sur lequel la volonté humaine n'a pas de prise et ne peut exercer d'influence. Il n'y a rien de nouveau, rien de produit, donc pas de société : car la société est un agent de production, une puissance créatrice.

Voilà un premier ordre de conditions nécessaires pour qu'il y ait bénéfices dans le sens où ce mot doit être entendu en matière de société. Mais cela ne suffit pas pour qu'il y ait société : il faut, de plus, que l'avantage qui constitue le bénéfice soit commun, c'est-à-dire qu'il profite à tous les associés et à chacun d'eux. Je vais me faire mieux comprendre par un exemple. Supposons que plusieurs personnes conviennent de fournir chacune une certaine somme, pour se servir, chacune à son tour, et pour son compte particulier, de la somme totale qui en résultera : il n'y aura pas là de société, parce que le profit sera, non pas commun, mais individuel, — alternatif et non collectif, comme le suppose et l'exige la société.

Je pourrais emprunter aux Institutes un exemple qui rentre dans le même ordre d'idées. Deux personnes ont chacune un bœuf ou un cheval, et elles conviennent de les réunir, d'en former un attelage et de s'en servir chacune à son tour pour son compte personnel. Ce sera là un contrat innomé, ce ne sera pas une société (1).

Du reste, il n'est pas nécessaire que tous les associés aient une part égale dans les bénéfices : la part de l'un peut être plus forte ou plus faible que celle de l'autre. Mais il faut que tous y participent dans une certaine proportion ; et, si l'acte de société contenait une clause d'après laquelle un associé n'aurait aucun droit aux bénéfices, elle ne serait pas réputée non écrite, mais elle annulerait la société (2).

(1) Inst., § 2 *De locatione et conductione* (III, 24).

(2) *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret; et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum, sentiret : iniquis-*

QUATRIÈME CONDITION.

Contribution aux pertes.

Enfin, pour toute société, une dernière condition est nécessaire : c'est la contribution aux pertes. Il faut que les pertes soient communes. On pourrait bien affranchir sa personne de toute contribution aux pertes, stipuler qu'on n'en sera pas tenu sur les biens qu'on peut avoir en dehors de la société, mais non sur ce qu'on y a mis (1). Si la mise n'était pas affectée au paiement des dettes de la société, ce ne serait plus une mise sociale, ce serait un placement ; il n'y aurait pas un contrat de société, mais un contrat de prêt. Du reste, la contribution aux pertes peut être dans une proportion plus forte ou plus faible pour l'un que pour l'autre.

Voilà tout ce qui concerne les conditions substantielles de la société. Supposons-la valablement formée, et demandons-nous quels caractères elle présente.

Ces caractères sont *généraux* ou *particuliers*. Parlons d'abord des caractères généraux.

Le premier, c'est d'être *du droit des gens*. Ce caractère lui est commun avec tous les contrats. Il était capital en droit romain ; il avait moins d'importance dans notre ancienne législation ; il

simum enim genus societatis est ex qua quis damnum, non etiam lucrum, spectet. Ulpien, L. 29 § 2 *Pro socio.* — L'art. 1855 du Code Napoléon reproduit la même idée lorsqu'il dit, dans son premier alinéa : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle. »

(1) C. Nap., art. 1855, 2e alinéa : « Est nulle la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. » — Pothier, au contraire, admettait la validité de cette stipulation (*Société*, nos 19, 20 et 21).

en a bien moins encore dans la législation moderne, où la condition des étrangers diffère assez peu de celle des nationaux; il n'en a jamais eu en droit commercial. Aujourd'hui que les peuples se touchent de mille manières, que les barrières qui les séparaient sont supprimées, ces distinctions doivent tôt ou tard disparaître de nos lois.

Le second caractère du contrat de société, c'est d'être *consensuel*. Ce caractère lui est commun avec la plupart des contrats, mais pas avec tous. Il en résulte que le consentement n'est assujetti à aucun mode spécial quant à sa manifestation. En droit civil, la société peut se former entre absents, par l'entremise de mandataires ou par correspondance, — verbalement aussi bien que par écrit. Mais, comme nous le verrons, il en est autrement des sociétés commerciales, qui sont des contrats *solennels*, et qui, de plus, sont assujetties à des conditions rigoureuses de publicité, et d'une publicité même fort étendue.

Le troisième caractère du contrat de société est d'être *à titre onéreux*. Ce caractère est même plus prononcé dans la société que dans tout autre contrat : car, pour augmenter ses chances de bénéfices, on risque les sommes ou valeurs qu'on met dans la société. La somme que l'un des associés a promise à la société n'est pas seulement destinée à produire des intérêts, mais à lui fournir le moyen de faire les bénéfices qu'elle a en vue; et, quand elle a été privée de cet instrument de bénéfices, l'associé doit l'indemniser de tout le préjudice qu'elle en a éprouvé dans son actif, qui ne s'est pas augmenté, ou dans son passif qui s'est aggravé; en un mot, des profits qui lui ont échappé ou des pertes qu'elle a essuyées (1).

(1) C. Nap., art. 1846 : « L'associé qui devait apporter une somme dans « la société et qui ne l'a point fait, devient, de plein droit et sans demande, « débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être « payée. Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse « sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. « *Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts.* » — Nous avons ici une dérogation au principe général, d'après lequel, *dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts*

Le quatrième caractère de la société est d'être un contrat *synallagmatique*. C'est un caractère qui lui est commun avec beaucoup d'autres contrats; mais il est plus marqué dans la société que dans tout autre, en ce qu'elle l'offre dans toutes les phases de son existence : au moment de sa formation, car chacun des associés s'oblige à faire un apport, il y a entre eux réciprocité d'engagements; — au moment de sa dissolution, car alors chacun des associés a les mêmes droits et est tenu des mêmes obligations; — dans l'intervalle de la formation à la dissolution, car chacun des associés peut demander aux autres sa part dans les bénéfices et peut être poursuivi comme tenu de la contribution aux pertes.

Les conséquences de ce caractère sont assez nombreuses. Il en résulte : 1° que, pour constater la société, quand on veut la constater par un acte sous seing privé, il faut autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et cela quand même la société serait commerciale. C'est une exception au droit commun commercial, qui n'admet pas la nécessité des doubles pour les contrats commerciaux; mais cette exception était commandée par la nature particulière du contrat de société; — 2° chacune des parties peut demander la résolution pour inexécution des engagements de l'autre; — 3° la résolution peut être demandée pour une cause spéciale aux sociétés, parce qu'un des associés préférerait son intérêt particulier à celui de la société et causerait ainsi du dommage aux autres : l'action en résolution se produit sous la forme d'une demande en dissolution (1).

J'arrive à un caractère qui mérite plus particulièrement d'être remarqué. La société est un contrat *principal;* en d'autres termes, elle peut se former entre un nombre de personnes illimité. On ne saurait donc voir une société dans une conven-

résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi (C. Nap., art. 1153). Cette dérogation, du reste, s'explique facilement.

(1) Le principe à cet égard est posé dans l'art. 1871 du Code Napoléon.

tion qui ne peut intervenir qu'entre deux personnes déterminées, telle que la communauté de biens, qui ne peut exister qu'entre mari et femme, et qui est l'accessoire d'un autre contrat, le mariage. On est cependant dans l'usage de qualifier la communauté de biens entre époux de *société de biens entre époux* (1); mais cette expression n'est rien moins qu'exacte. En effet, il y a ici, quant aux personnes, une limitation qui par elle-même est exclusive du caractère de la société : la société, comme le dit l'art. 1832, est un contrat par lequel deux *ou plusieurs* personnes, etc. Cette limitation tient à ce que le contrat qui régit les biens dépend d'un autre, de celui qui concerne les personnes. Que l'on compare la société et la communauté entre époux, l'on reconnaîtra qu'elles présentent des différences radicales, et quant à leurs conditions d'existence et quant à leurs effets, différences qui toutes proviennent de ce que la société est un contrat principal, qui peut se former entre toutes personnes, tandis que la communauté est un contrat accessoire qui ne peut se former qu'entre certaines personnes. Aussi peut-il y avoir une communauté entre époux, alors même que l'un des deux aurait une fortune considérable, une fortune mobilière, qui tomberait tout entière dans la communauté, et que l'autre n'y apporterait rien. Celui-ci, bien que son apport fût nul, n'aurait pas moins, lors de la dissolution de la communauté, droit à la moitié, comme s'il avait fait un apport égal à celui de son conjoint. Pourquoi? parce que la communauté entre époux est destinée moins à leur procurer des bénéfices pécuniaires qu'à resserrer le lien personnel qui les unit. Au contraire, quand il n'y a pas d'apport de la part de l'un des contractants, il ne saurait jamais y avoir de société. Pourquoi? parce que le but de la société est autre que celui de la communauté; elle tend uniquement à procurer des bénéfices aux associés, et il faut que chacun d'eux fournisse des sommes ou valeurs destinées à les produire.

(1) La loi elle-même emploie ce langage (C. Nap., art. 1837).

La communauté diffère encore de la société quant aux pouvoirs du mari, qui sont plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire. Il n'est pas un simple associé administrateur, il est le chef de la communauté. C'est pourquoi il peut, dans certains cas, aliéner même à titre gratuit les effets de la communauté (1).

La communauté diffère également de la société quant aux droits accordés à la femme d'opter entre l'acceptation et la renonciation, ou, en faisant inventaire, de limiter sa responsabilité à son émolument.

On peut aussi indiquer comme exemple d'un contrat accessoire qui ne saurait être confondu avec une société, la convention par laquelle un commerçant et son commis conviendraient que ce dernier, au lieu d'appointements fixes, aurait tant pour cent dans les bénéfices. Ce ne serait là qu'une modification au contrat principal qui est intervenu entre les parties ; cela ne saurait changer les rapports établis entre elles par ce contrat. Ainsi, le patron n'en aurait pas moins le droit de congédier le commis. De son côté, le commis ne serait point tenu des dettes du patron ; il pourrait seulement, si les bénéfices étaient nuls, perdre ses appointements : ce serait la compensation de la chance qu'il avait d'en voir augmenter la quotité dans une proportion corrélative aux bénéfices.

J'arrive au dernier caractère général de la société. C'est un contrat *de bonne foi*, non pas dans le sens où ces mots se prenaient en droit romain (car ils se rattachaient à la distinction du préteur et du juge), mais en ce sens que, si la bonne foi est nécessaire dans tous les contrats et dans tous les actes de la vie, elle l'est plus encore, s'il est possible, en matière de société, la société reposant sur la confiance que les parties ont les unes dans les autres. Aussi, en cas de contestation, l'interprétation ne devra pas être littérale, mais large et équitable ; on devra être disposé à accorder des délais et même d'assez longs délais, et, dans les cas où il est permis au juge (art. 126 du C. de pr. civ.) de

(1) Voy. les art. 1421 et 1422 du Code Napoléon.

prononcer ou de ne pas prononcer la contrainte par corps, il ne la prononcera guère contre un associé qu'autant que ce dernier aura manqué de bonne foi, parce que cette mesure de rigueur est contraire en elle-même aux égards que les associés se doivent réciproquement. Enfin on peut qualifier la société de *contrat de bonne foi :* car c'est celui de tous les contrats où la mauvaise foi est le plus condamnable, où elle doit être réprimée avec le plus de sévérité, parce que, à raison de la confiance qu'implique la société, la mauvaise foi est un manquement à la foi donnée et reçue, une sorte de trahison, de félonie.

Je passe aux caractères particuliers du contrat de société.

Le premier de ces caractères est d'être un contrat *personnel.* C'est peut-être le seul contrat à titre onéreux qui soit en même temps personnel, c'est-à-dire fondé sur la considération des personnes. Ce caractère est son caractère primitif, originaire; il était reconnu en droit romain, où les associés étaient assimilés aux membres de la même famille, à des frères, où l'on disait que la société avait quelque chose de la fraternité (1). Du droit romain, il a passé dans notre droit civil, et du droit civil dans le droit commercial, où il forme la règle générale, mais où il est soumis à de notables exceptions.

La société, disons-nous, est un contrat personnel. Il en résulte 1° qu'en matière de société, l'erreur sur la personne est une cause de nullité, — tandis qu'elle n'en est pas une dans les autres contrats à titre onéreux, parce que dans ces contrats la considération de la personne est effacée par la considération de l'intérêt, qui est la cause déterminante du contrat (2). — 2° Il en résulte encore que la société est dissoute par la mort, l'interdiction ou la faillite d'un des associés.

(1) *Verum est, quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnari oportere : hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat.* Ulpien, L. 63 pr. *Pro socio.*

(2) Voy. C. Nap., art. 1110.

On comprend que des sociétés constituées de la sorte, soumises à cette règle, ne puissent pas réaliser de grandes entreprises, des entreprises dont l'exécution exige de longues années : car des sociétés ainsi constituées n'ont pas d'avenir, elles ne sont jamais sûres du lendemain, — d'autant moins sûres que les associés sont moins nombreux, — puisqu'elles sont sous le coup d'une cause toujours imminente de dissolution : le décès, l'interdiction, la faillite de l'un des associés. Elles peuvent être dissoutes le lendemain même du jour où elles se sont formées. C'est là une des raisons qui expliquent l'impuissance des sociétés en droit romain, dans l'ancienne législation et en droit civil. Mais le droit commercial est venu lever cet obstacle : il a permis de constituer les sociétés de telle sorte que leur durée serait indépendante de la vie ou de la mort des associés, de leur capacité ou de leur incapacité, de leur interdiction ou de leur faillite, et par là il a donné aux sociétés une consistance, une aptitude qui leur manquait, il a substitué la stabilité à l'instabilité (1).

3° De ce que la société est un contrat formé en vue des personnes, il résulte encore que l'un des associés ne peut, sans le consentement des autres, ni se retirer de la société, ni y faire entrer un tiers à sa place, car les autres associés ne peuvent se trouver en société avec une personne qu'ils n'ont pas choisie. Il est donc lié jusqu'à la dissolution de la société : il aliène les sommes ou valeurs qu'il y apporte; il ne peut les reprendre même indirectement, par un accord avec un tiers, par une cession qu'il lui consentirait. Et cela fait que les sociétés ainsi constituées, quelles qu'elles soient, civiles ou commerciales, ne peuvent réunir qu'un nombre fort limité d'associés et un chiffre très-restreint de capitaux : car peu de personnes seront disposées à y entrer, et celles qui y entreront n'y apporteront que ce dont elles pourront se passer, leurs économies, l'excédant de

(1) Il était déjà reconnu en droit romain que la société *vectigalium* n'est point dissoute par la mort de l'un des associés : voy. Pomponius, L. 59 pr., et Ulpien, L. 63 § 8 *Pro socio*. Du reste, l'interprétation de ces deux textes n'est pas sans difficulté.

leurs revenus, leur superflu. C'est là une deuxième cause qui rend les sociétés ainsi constituées impropres aux grandes entreprises, qui exigent une grande masse de capitaux en même temps qu'une longue durée assurée, telles que la construction de chemins de fer, de canaux, etc. C'est pourquoi le droit commercial est venu encore lever cet obstacle, en permettant de constituer des sociétés de telle manière que chaque associé puisse, sans avoir besoin d'obtenir le consentement des autres, ni même de les consulter, abandonner la société en y faisant entrer un tiers à sa place : de la sorte, chaque associé pourra, sans retirer de la caisse de la société la somme qu'il y a versée, sans la priver d'aucune de ses ressources, d'aucun de ses moyens d'action, reprendre indirectement cette somme, parce qu'il la recevra d'un tiers pour prix de la cession qu'il lui fera de ses droits dans la société, — et cela montre l'immense supériorité des sociétés commerciales sur les sociétés civiles, comme puissance, comme moyen d'action.

— J'arrive au second caractère du contrat de société : c'est d'être en même temps *commutatif* et *aléatoire*, suivant le point de vue auquel on l'envisage, de réunir ces deux caractères qui, en général, s'excluent. En effet, chacun des associés est tenu envers les autres à apporter une chose certaine. C'est bien là le caractère d'un contrat commutatif. Mais quand on considère les associés et la société par rapport au but qu'ils se proposent, on y trouve un caractère aléatoire : car ce qu'ils ont en perspective, ce qui les détermine à former la société, c'est une chance de gain ou de perte, puisque, si la société prospère, ils reprendront beaucoup plus qu'ils n'y ont apporté, tandis que si elle éprouve des revers leur apport sera perdu. Ils apportent donc une chose certaine en retour d'une simple chance, et c'est bien là le caractère du contrat aléatoire (1).

(1) Je ne puis pas tenir pour exact le langage que parle ici M. Bravard. Suivant lui, le contrat de société réunit deux caractères *qui en général s'excluent* : il est à la fois commutatif et aléatoire. A mon sens, on ne peut étudier avec soin l'art. 1104 du Code Napoléon sans reconnaître qu'il ne

— Un troisième caractère particulier qui distingue le contrat de société, c'est d'être *universel*. Il n'y a pas, en effet, d'opérations, pas d'entreprises, qu'on ne puisse faire en société. La sphère de la société est donc plus étendue, plus vaste que celle des autres contrats, qui sont limités à un genre unique d'opérations, et ne peuvent servir à aucune autre. Telle est la vente, qui a pour but de transformer une chose en numéraire, et ne peut servir à un autre usage; tel est le louage, tel est le dépôt, dont le but est également restreint, déterminé et invariable. Il en est autrement de la société, qui peut être formée pour des opérations d'achat et de vente, pour des opérations de louage de choses, de services et d'industrie, pour l'exercice d'une profession, en un mot, qui peut se prêter à tous les genres d'opérations et d'entreprises. Elle a donc, sous ce rapport, un avantage marqué sur les autres contrats.

A ce caractère vient s'en joindre un autre qui en dérive et qui le complète, c'est d'être *générateur d'autres contrats*. On ne se

suffit pas de dire qu'en général ces deux caractères s'excluent; ils sont considérés par le législateur comme étant précisément le contraire l'un de l'autre, et, par conséquent, il est tout à fait impossible qu'un même contrat les présente tous les deux réunis. Le contrat commutatif et le contrat aléatoire appartiennent à la classe des contrats à titre onéreux, c'est-à-dire que chaque partie donne ou fait, promet de donner ou de faire quelque chose, en vue d'obtenir un certain équivalent pécuniaire : cet équivalent est-il dès à présent certain et déterminé, le contrat est commutatif; consiste-t-il au contraire dans une simple chance de gain, le contrat est aléatoire. En suivant la terminologie de M. Bravard, on arriverait à dire que, quand j'achète d'un pêcheur son coup de filet moyennant une somme fixe que je lui compte ou que je promets de lui compter, je fais un contrat à la fois commutatif et aléatoire; de même, lorsque je fais assurer mon navire ou ma maison. Or il est incontestable que ce sont là des contrats purement aléatoires (voy. C. Nap., art. 1964). — En résumé, je crois qu'il faut voir dans la société un contrat aléatoire : chaque associé apporte une valeur, en vue d'un bénéfice qui sera plus ou moins considérable, qui peut-être sera nul. Pothier dit cependant que la société est un contrat commutatif (*Société*, n° 7); mais c'est qu'il prend ce mot comme synonyme de *contrat à titre onéreux* : « Chacune des parties contractantes, dit-il, entend recevoir au« tant qu'elle donne. » La question, du reste, n'a point aujourd'hui d'intérêt pratique : car, voulût-on voir dans la société un contrat commutatif, il est bien certain que ce contrat n'est point rescindable pour cause de lésion.

met en société que pour former des contrats, qui sont le seul moyen d'atteindre le but qu'on se propose. Entre la société et son but, il y a des intermédiaires nécessaires, ce sont des contrats. Elle s'en sert comme d'autant d'agents à ses ordres, soit isolés, soit combinés, et elle ne saurait s'en passer. Un contrat qui ne devrait être suivi d'aucun autre, aurait beau être qualifié de *société,* il n'en aurait pas le caractère essentiel: ce serait une apparence de société, non une véritable société. — C'est une raison de plus à ajouter à celles que j'ai déjà indiquées pour ne pas ranger les tontines dans la classe des sociétés. En effet, — indépendamment de l'absence de toute création, de toute production de choses nouvelles, qui exclut l'idée de la société, la société étant un agent de production, une puissance créatrice, — il n'y a pas de succession de contrats : tout est réglé par le contrat primitif, qui n'est suivi d'aucun engagement, soit de la part des tiers, soit envers eux, et où tout se réduit à une simple répartition qui dépend des prédécès.

— J'arrive au quatrième et dernier caractère particulier de la société; c'est le plus important, et je dois y insister.

Ce caractère consiste en ce que la société est un *être juridique*, une *personne légale*. Avant tout il faut bien comprendre la portée de ce caractère. C'est quelque chose de très-grave : car, suivant qu'on l'admettra ou qu'on le rejettera, on arrivera à des conséquences toutes différentes. Effectivement, si on ne l'admet pas, il s'ensuivra qu'il n'y aura entre les associés et les tiers aucune espèce d'intermédiaire, que la société constituera à l'égard des associés une indivision conventionnelle, que le fonds social ne sera qu'un fonds commun dont ils seront copropriétaires par indivis : par suite, chacun d'eux pourra aliéner ou hypothéquer la part qu'il aura dans les choses dépendantes de la société (1).

Pareillement, les créances que la société pourra avoir sur des tiers seront les créances des associés : donc chacun d'eux sera

(1) Oui, mais à condition que la société ne souffre pas de cette aliénation ou de cette hypothèque (argument de l'art. 1859-2° du Code Napoléon).

créancier, pour sa part sociale, de ce qui est dû par des tiers à la société. De la sorte, si un tiers débiteur de la société est créancier personnel, pour cause étrangère à la société, de l'un ou de plusieurs des associés, il y aura compensation, jusqu'à due concurrence, entre ce qu'il doit lui-même et ce qui lui est dû par cet associé ou ces associés. Ainsi, dans ce système, la société peut voir son actif amoindri par des causes qui lui sont complétement étrangères, et sans qu'elle puisse l'empêcher.

En troisième lieu, dans ce système, les créanciers de la société sont simplement les créanciers des associés, et, par suite, il y a forcément concours, tant sur le fonds social, qui n'est qu'un fonds commun, que sur les biens des associés, entre les créanciers sociaux et les créanciers particuliers des associés. Les créanciers sociaux ne sont donc jamais sûrs d'être payés, quand même l'actif social excéderait de beaucoup le passif, puisque cet actif pourra être en grande partie absorbé par les dettes particulières des associés : la société n'offre donc aucune garantie réelle à ses créanciers. Comment, dès lors, avec un pareil système, le principe de l'association aurait-il pu se développer? Comment, sous l'influence d'un pareil régime, les sociétés auraient-elles pu grandir et prospérer?

Cependant ce système était celui du droit romain et de notre ancienne législation. Pour le prouver, il suffit de rapporter un court passage de Pothier : « Un associé, dit Pothier, n° 89, ne « peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société, « *si ce n'est pour la part qu'il y a.* » Et il cite une loi romaine, la loi 68 *Pro socio,* à l'appui de cette proposition.

Il résulte clairement de là deux choses, savoir : 1° que les associés cessaient d'être propriétaires exclusifs de ce qu'ils apportaient en société, mais qu'ils en restaient copropriétaires ; 2° qu'ils pouvaient aliéner et hypothéquer cette copropriété, la part qu'ils avaient dans la chose commune.

Voilà les conséquences de la non-personnalité des sociétés (1).

(1) On peut ajouter une autre conséquence. La société n'étant pas une

Au contraire, si on leur reconnaît le caractère de personnes morales, il en résultera des conséquences diamétralement opposées :

1° La société, étant une personne, sera seule propriétaire du fonds social. Tant qu'elle subsistera, les associés n'auront sur ce fonds aucun droit de propriété ni de copropriété : ils ne pourront donc, en aucune façon, ni aliéner ni hypothéquer ce fonds.

2° Il n'y aura pas de compensation possible entre ce qu'un tiers peut devoir à la société, et ce qui peut être dû à ce tiers par tel ou tel des associés, puisque la créance et la dette n'existeront pas entre les mêmes personnes. Le tiers sera débiteur de la société ; quant à sa créance, elle existe, non pas à l'encontre de la société, mais seulement à l'encontre d'un des associés personnellement. Donc, pas de compensation possible.

3° Il ne pourra jamais y avoir concours sur le fonds social entre les créanciers de la société et les créanciers particuliers des associés, attendu qu'ils ne seront pas créanciers de la même personne. Les créanciers personnels des associés ne pourront pas demander leur paiement à la société, puisqu'ils n'ont pas contracté avec elle : ils ne sont pas ses créanciers ; ils n'ont aucun droit sur le fonds social, qui est le gage exclusif des créanciers sociaux seuls (1).

Ce système est, comme on voit, bien plus favorable au développement des sociétés, dont l'actif ne peut être amoindri par des causes étrangères et se trouve spécialement, exclusivement, affecté au paiement des dettes sociales. Il suffirait donc de comparer les conséquences de ces deux systèmes pour donner la préférence au dernier. Le premier est désastreux, mortel pour les sociétés ; le second seul est tutélaire et fécond.

personne, ce seront les associés individuellement qui figureront, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs, dans tous les procès intentés contre des tiers ou par des tiers à l'occasion des affaires sociales.

(1) J'ajoute que, dans les procès avec des tiers relativement aux affaires sociales, c'est la société qui sera en cause et non pas les différents associés.

Quel est celui de ces deux systèmes qui a passé dans notre législation ? C'est celui de la personnalité. Pour le prouver, il me suffira de citer un seul article, l'art. 1860 du Code civil, qui est le contre-pied, ou plutôt la contre-partie, de la doctrine de Pothier ; car il y est dit : « L'associé qui n'est point administra-« teur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières « qui dépendent de la société. » Ainsi, aujourd'hui, quelle que soit la nature des objets dont se compose le fonds social, un associé ne peut, soit directement, soit indirectement, aliéner, hypothéquer ou engager ces choses. Il ne le peut pour aucune partie, — tandis que Pothier et les jurisconsultes romains, reconnaissant les associés comme copropriétaires du fonds social, leur permettaient de l'aliéner ou de l'hypothéquer pour la part qu'ils y avaient. Or, l'art. 1860 leur refuse manifestement ce droit. Il s'exprime de la manière la plus générale et la plus absolue. Il a donc rejeté l'ancien système, et consacré le principe de la personnalité des sociétés, qu'il présuppose, puisqu'il en consacre la conséquence essentielle.

Ainsi, aujourd'hui le fonds social ne relève que de la société, à laquelle seule il appartient. Donc il n'y a pas de compensation possible entre ce qui est dû par la société à un tiers, et ce qui peut être dû à ce tiers par l'un des associés : car ce serait là, par le fait de l'un des associés, une aliénation indirecte d'une partie du fonds social. De même, il n'y a pas de concours possible sur le fonds social entre les tiers créanciers de la société et les créanciers personnels des associés : car les associés n'ont pas pu, faisant indirectement ce qu'il leur est interdit de faire directement, constituer un droit de gage quelconque au profit de leurs créanciers particuliers sur le fonds social. Le tiers auquel ils auraient vendu leurs parts ne pourrait pas se prévaloir de cette vente contre les créanciers sociaux ; à plus forte raison, un simple créancier ne peut-il pas se prévaloir de sa créance à l'encontre des créanciers sociaux. Quoi ! on ne contestera pas que, tant que dure la société, ses créanciers peuvent, sans avoir à craindre le concours des créanciers particuliers, se faire payer à

leur exclusion sur l'actif social; et ce droit, qui leur est acquis, ils le perdraient parce que leurs créances ne seraient devenues exigibles qu'après la dissolution de la société! Est-ce possible? un pareil résultat pourrait-il se comprendre, se justifier? serait-il compatible avec l'art. 1860? Evidemment non. Donc cet article a rejeté le principe du droit romain et de l'ancien droit, et admis le principe de la personnalité des sociétés, puisqu'il en a catégoriquement déduit et consacré les conséquences essentielles (1).

Au surplus, il y a des esprits, je le sais, que l'idée de personne juridique, que le mot même, effarouche, et qui se refusent obstinément à l'admettre. Mais on peut, je crois, arriver au

(1) Il m'est tout à fait impossible de donner à cet art. 1860 la portée que lui donne M. Bravard. Je suis convaincu que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu purement et simplement reproduire la doctrine de Pothier, et que dans l'art. 1860 nous ne devons voir autre chose qu'un développement des dispositions de l'art. 1859. Ma conviction se fonde notamment sur l'art. 1861, aux termes duquel « chaque associé peut, sans le « consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement « à la part qu'il a dans la société... » S'associer ainsi une tierce personne, n'est-ce pas aliéner une fraction de la part qu'on a dans la société? Aussi Pothier dit-il très-justement (*Société*, nº 91) : « Chacun des associés n'ayant le droit de disposer des effets de la société que pour la part qu'il a dans cette société, *c'est une conséquence* qu'il peut bien, sans le consentement de ses associés, s'associer un tiers à la part qu'il a dans la société, mais qu'il ne peut pas sans le consentement de ses associés l'associer à la société. » — La jurisprudence paraît bien admettre qu'en effet la société civile n'est point une personne morale : la Cour de cassation a jugé plusieurs fois que *la société civile ne peut procéder devant les tribunaux que par ses membres agissant en leur nom personnel*. Voy. notamment l'arrêt de cassation, de la chambre criminelle, du 21 juillet 1854 (Dev. - Car., 54, 1, 489). C'est aussi l'opinion de MM. Aubry et Rau (*Cours de dr. civ. franç.*, t. III, § 377, p. 394 de la 3e édition). — Toutefois la Cour de cassation apporte une restriction à ce principe. Voici ce que nous lisons dans les *considérants* d'un arrêt du 30 août 1859 (Dev. - Car., 60, 1, 359) : « Les grandes sociétés ins- « tituées avec le concours et l'approbation de l'autorité publique, dans un « intérêt collectif et territorial qui touche à l'intérêt public,.... ne sauraient « être assimilées à des sociétés purement civiles. Elles tiennent de l'adhé- « sion de l'autorité publique à leur institution une individualité véritable. » En droit romain, nous trouvons une distinction analogue: voy. Gaius, L. 1 *Quod cujusc universit.* (III, 4).

même résultat en s'attachant à une autre donnée, à la première condition requise pour qu'il y ait société, à la définition de l'art. 1832. En effet, la société n'est pas, comme le disait Pothier, une simple communauté d'intérêts conventionnelle. « La société, lisons-nous dans son n° 2, est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution du contrat elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi *société*, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société. »

En conséquence, il n'admettait d'autre différence entre l'indivision et la société que la différence du contrat au quasi-contrat. Mais aujourd'hui, pour démontrer l'inexactitude de cette appréciation, il suffit de lire l'art. 1832, qui définit la société : « Un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes convien-« nent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de « partager le bénéfice qui pourra en résulter » (1). — Ainsi l'apport est fait en vue de réaliser des bénéfices. Ce qu'on met dans la société, on le soumet à toutes les éventualités de ses opérations, qu'elles soient heureuses ou malheureuses. Tant que les créanciers ne sont pas désintéressés, les associés ne peuvent rien reprendre de ce qu'ils ont mis dans la société ; tant qu'il n'y a pas de bénéfices, pas d'excédant d'actif, il n'y a pas de partage possible, aucun droit à exercer de la part des associés : dès lors comment leurs créanciers personnels en auraient-ils un quelconque ? Et ici revient cette observation décisive qu'avant la dissolution de la société les créanciers sociaux pouvaient faire saisir et vendre tout l'actif et se le répartir entre eux : comment perdraient-ils ce droit parce que la société est dissoute ? La

(1) Cette définition ne diffère point sensiblement de celle que donnait Pothier lui-même : « Le contrat de société, dit-il, est un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes mettent ou s'obligent de mettre en commun « quelque chose, *pour faire en commun un profit honnête*, dont ils s'obligent « réciproquement de se rendre compte. »

situation, quant à eux, n'est pas changée, que la société soit dissoute ou non. La dissolution influe sur l'avenir, non sur les faits accomplis, sur les droits acquis.

Ainsi, sans parler de la personnalité ou de l'impersonnalité des sociétés, mais en s'attachant à la nature du contrat dont il s'agit, à ses moyens d'action, à son but, on arrive au même résultat, à ce résultat que les choses mises dans la société sont pour elle des moyens d'action, sont destinées à être les aliments d'opérations heureuses ou malheureuses, et, dans l'un comme dans l'autre cas, sont affectées spécialement, exclusivement, à faire face à ces opérations, à les solder, à les liquider. Si donc l'actif est absorbé par le passif, les associés ne peuvent disputer aucune portion de l'actif aux créanciers de la société; et ce qu'ils ne seraient pas recevables à faire, leurs créanciers particuliers ne le sont pas davantage (1).

C'est en raisonnant de la sorte, c'est en se fondant sur le but de la société tel qu'il ressort de l'art. 1832, que les auteurs mêmes qui n'admettent pas le principe de la personnalité, écartent, en matière de société, l'application de l'art. 815, qui limite

(1) Il y a là, ce me semble, une confusion. « En vain objecte-t-on, disent très-bien MM. Aubry et Rau (t. III, § 383, note 5), que les créanciers personnels de chaque associé ne peuvent pas avoir plus de droits que leur débiteur, et que ce dernier lui-même n'a rien à prétendre dans l'actif social tant que le passif n'est pas entièrement couvert : ce n'est là qu'une pétition de principe. Il est vrai que l'associé, débiteur de ses co-associés, est tenu de précompter sur sa part dans l'actif le montant des sommes dues à ces derniers, et qu'il ne peut rien retirer de cet actif tant qu'il n'est pas libéré envers eux; mais ce principe, uniquement relatif aux dettes des associés les uns envers les autres, est complétement étranger au passif dont les associés sont tenus vis-à-vis des tiers. La distinction qu'il convient de faire à cet égard est admise sans difficulté en matière de succession. En effet, si les créanciers personnels de l'un des héritiers, soumis envers ses cohéritiers à une obligation de rapport, sont de plein droit primés par ces derniers sur les biens de la succession, ils n'en concourent pas moins sur ces mêmes biens avec les créanciers héréditaires; et ce n'est que par une demande en séparation des patrimoines que ceux-ci peuvent empêcher ce résultat. Or une pareille séparation ne se comprend pas en matière de société civile, là où il n'existe pas de patrimoine social distinct des patrimoines des divers associés. »

à cinq ans la durée conventionnelle de l'indivision. Cette limitation serait incompatible avec le but de la société et avec son mode d'action. Pour être conséquent, il faut, en partant de la même donnée, reconnaître que ce qui est apporté par un associé dans la société est aliéné par lui, sous cette condition, obligatoire pour ses créanciers particuliers comme pour lui-même, qu'il en laissera la libre disposition à la société, et ne le reprendra qu'autant qu'il y aura un excédant d'actif (1). S'il en était autrement, la condition des sociétés et de leurs créanciers serait pire aujourd'hui qu'elle ne l'était anciennement : car aujourd'hui il y a des créanciers qui ont des hypothèques légales (ce sont les femmes mariées et les mineurs, et il sera bien rare qu'il ne se trouve pas des associés maris ou tuteurs) : ces créanciers viendraient, en vertu de leur hypothèque, se faire attribuer, à l'exclusion des créanciers de la société, une portion plus ou moins considérable du fonds social, peut-être le fonds social tout entier (2). Le fonds social serait donc ainsi, en tout ou en partie, soustrait aux créanciers de la société, et pour des causes étrangères à ces créanciers et à la société, qui de solvable qu'elle était se trouverait tout à coup insolvable. Qui ne serait choqué d'une pareille conséquence ? Elle résulte cependant forcément du système que je combats, et suffirait seule, ce me semble, pour le faire rejeter.

(1) Je crois ne commettre aucune inconséquence en admettant : 1° que l'art. 815 n'est pas applicable à la société même civile, parce que, s'il y a ici indivision, c'est une indivision *sui generis ;* 2° que les créanciers sociaux ne sont point préférables sur les valeurs sociales aux créanciers personnels des différents associés. Seulement, je m'empresse d'ajouter que les créanciers personnels d'un associé ne pourraient pas venir entraver les opérations de la société en saisissant la part de leur débiteur dans les choses sociales. Il y a lieu d'appliquer ici le principe posé dans l'art. 2205 du Code Napoléon. Tout ce qu'on pourrait leur permettre, ce serait de poursuivre la dissolution et la liquidation de la société en cas de déconfiture de leur débiteur (C. Nap., art. 1865-4°). Voy. en ce sens MM. Aubry et Rau, T. III, § 381 *bis*.

(2) Je me borne à faire remarquer que dans l'ancien droit, par cela seul qu'il existait contre une personne un titre ayant force exécutoire, tous ses biens présents et à venir étaient grevés d'hypothèque.

Ainsi donc, qu'on admette ou non le principe de la personnalité des sociétés, si l'on s'attache au véritable caractère du contrat de société, si l'on n'isole pas ce contrat de ses moyens d'action et de son but, qui en sont inséparables, on est conduit aux mêmes résultats : ils ne sont pas moins commandés par les nécessités de la logique, les exigences de l'équité et les principes du droit.

II. — DES SOCIETES COMMERCIALES EN PARTICULIER

La première question qui se présente est celle-ci : comment distinguera-t-on les sociétés commerciales des sociétés civiles?

Et d'abord quel est l'intérêt de cette distinction? Il est très-grand et d'une importance pratique de premier ordre. En effet, les sociétés commerciales et les sociétés civiles diffèrent :

1° En ce que pour les sociétés commerciales il y a des conditions qui ne sont pas requises pour les sociétés civiles : donc, au moment où l'on forme une société, il est indispensable de savoir si elle est commerciale ou civile.

2° En ce que les pouvoirs des administrateurs sont beaucoup plus étendus dans les sociétés commerciales que dans les sociétés civiles : ils vont, dans les premières, jusqu'à obliger les associés personnellement, — tandis que, dans les secondes, il faut, pour que les associés soient obligés envers les tiers par les administrateurs, qu'ils aient donné un pouvoir à cet effet (1).

3° Dans les sociétés commerciales, les associés sont tenus commercialement, solidairement, par corps, et peuvent opposer la

(1) « Dans les sociétés autres que celles de commerce,... l'un des associés « ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir » (C. Nap., art. 1862).

prescription de cinq ans. En matière de sociétés civiles, il n'y a pas de compétence commerciale, pas de contrainte par corps, pas de prescription de cinq ans, mais seulement la prescription ordinaire, et la solidarité n'existe qu'autant qu'elle est stipulée (1).

4° Enfin les sociétés commerciales peuvent, quand elles n'acquittent pas leurs engagements, être déclarées en faillite, comme tous les commerçants; quelquefois même les membres de certaines sociétés peuvent eux-mêmes être déclarés en faillite (2), — tandis qu'il n'y a rien de semblable pour les sociétés civiles, pour lesquelles il ne peut jamais y avoir que déconfiture et non faillite (3).

Du reste, il importe de remarquer qu'aujourd'hui les sociétés civiles ne se rencontrent pas seulement comme autrefois dans des cas très-rares et de peu d'importance, tels que celui où deux cultivateurs s'associeraient pour l'exploitation d'une ferme, deux artistes pour l'exercice de leur art. Il y a des sociétés civiles qui sont d'une grande importance, telles que celles qui ont pour objet l'exploitation des mines, l'achat de terrains pour les revendre, etc.

Voyons donc comment on pourra distinguer si les sociétés ont le caractère civil ou le caractère commercial.

La distinction se tirera du but de la société, de la nature de ses opérations. La société sera civile ou commerciale suivant que ses opérations auront l'un ou l'autre de ces caractères. La commercialité ne descend donc pas ici de la société à ses actes; elle remonte, au contraire, des actes à la société (4).

(1) Comp. les art. 1862 du Code Napoléon, — 64, 631 et suiv. du Code de commerce, — 1er de la loi du 17 avril 1832.

(2) Voy. les art. 438 2e alinéa, 438 2e alinéa et 531 du Code de commerce.

(3) Je crois même que, la société civile n'étant point une personne, il peut bien y avoir déconfiture des associés, mais non de la société.

(4) M. Bravard présupposait déjà l'existence de cette règle lorsqu'il citait, comme exemples de sociétés civiles, celles qui ont pour objet l'exploitation des mines ou l'achat de terrains pour les revendre. En effet, d'une part, la loi du 21 avril 1810, dans son art. 32, dispose que « l'exploitation des

Toutefois, il y a une question qui peut faire naître de sérieuses difficultés et qui est fort diversement envisagée : Si on a donné à une société, dont l'objet est purement civil, une forme commerciale, faudra-t-il, pour la caractériser, s'attacher au fond ou à la forme? Il y a des auteurs, et des plus recommandables, qui soutiennent que c'est la forme sous laquelle la société se produit qui doit servir à en déterminer le caractère (1). Mais je ne saurais me ranger à cette opinion. Il me semble impossible d'admettre qu'une simple forme puisse produire des effets que ne produirait pas la manifestation la plus expresse, la plus solennelle, de la volonté des parties. Or, il est certain qu'on aurait beau déclarer, en achetant un immeuble, qu'on entend considérer cet achat comme un acte commercial et lui en faire produire les effets, cette déclaration serait vaine et sans valeur, et l'achat resterait ce qu'il est en lui-même, c'est-à-dire purement civil, parce qu'il y a là quelque chose qui ne dépend pas de la volonté des parties, mais uniquement de la nature de l'acte et des dispositions de la loi. Je déciderai donc que la société, quelle que soit la forme qu'on lui a donnée, restera civile, si son but est civil; et que dès lors elle ne sera pas susceptible d'être mise en faillite. Il n'y aura pas lieu non plus à la contrainte par corps ou à la prescription de cinq ans, parce que ces effets sont particuliers aux socié-

« mines n'est pas considérée comme un commerce et n'est pas sujette à « patente » (comp. les art. 8 *in fine*, 13 et 14 de la même loi). D'autre part, la Cour de cassation décide avec raison (arrêt du 4 juin 1850) que le fait d'acheter des immeubles pour les revendre ne constitue pas un acte de commerce (Dev.-Car., 50, 1, 593).

(1) M. Bédarride (*Des sociétés*, t. 1er, nos 94 et suiv.) distingue : « La forme, dit-il, ne pourra jamais prévaloir sur la nature des choses et rendre commercial ce qui n'a jamais été susceptible de l'être. Qu'une société formée pour acheter et vendre des immeubles ait été qualifiée d'anonyme ou de commandite, elle n'en restera pas moins civile... Quant à la société pour l'exploitation des mines, elle n'est pas par elle-même une société commerciale; mais elle prend ce caractère lorsque, faisant appel aux capitaux du public, elle se révèle sous la forme d'une société anonyme ou en commandite. » Telle paraît être aussi la manière de voir de M. Vincens (*Législ. commerc.*, t. 1er, liv. IV, n° 19) et de M. Delangle (*Des sociétés*, t. 1er, n° 36).

tés commerciales, dérivent de leur nature. En un mot, on est libre de faire ou de ne pas faire un acte ; mais on ne peut pas, quand on le fait, en changer la nature, par une déclaration en désaccord avec son caractère propre. Une société dont l'objet sera civil conservera donc son caractère de société civile, nonobstant toute déclaration contraire et l'adoption d'une forme commerciale (1).

Du reste, l'adoption de cette forme ne serait pas indifférente : car, dans le doute sur le véritable caractère de la société, elle devrait la faire considérer comme commerciale ; d'ailleurs, elle permettrait aux juges de faire produire à la société les effets qui, en matière commerciale, dérivent de l'intention présumée des contractants plutôt que de la nature même des actes, les effets que les parties sont libres, par une déclaration formelle, de faire cesser ou de transporter même en matière civile, tels que la solidarité, le plus ou moins d'étendue des pouvoirs des administrateurs, etc.

Ainsi, en définitive, dans le cas qui nous occupe, les effets qui ne peuvent s'attacher qu'à un acte de commerce, n'existeront pas quand la société ne sera pas commerciale par son objet ; mais si elle a été revêtue d'une forme commerciale, cette forme emportera les effets qui sont susceptibles de s'y attacher, alors même qu'il s'agirait d'un acte civil en soi. Nous ferons ainsi la

(1) On peut invoquer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 10 mars 1841, cassant un arrêt de la Cour de Lyon. Dans l'espèce, une société pour l'exploitation d'une mine avait été constituée par actions. « Attendu, dit la Cour de cassation, que la société formée pour l'exploita-« tion des mines de charbon de Verchères en Féloin, autorisée par arrêté « du gouvernement du 13 ventôse an X, constitue une société civile, aux ter-« mes de la loi du 21 avril 1810, qui déclare que l'exploitation d'une mine « n'est pas un acte de commerce ; — qu'ainsi aucun des associés ne peut « obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont pas conféré le pouvoir » (Dev.-Car., 41, 1, 357). Aj. Douai, 15 février 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 326). Enfin la Cour de cassation, dans son arrêt du 9 novembre 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 15), parle de *sociétés civiles* qui offrent le caractère de la société anonyme, et déclare (ce qui est très-contestable) qu'elles sont soumises à l'art. 37 du Code de commerce.

part de la forme et du fond, sans sacrifier l'un à l'autre. C'est ce que la loi elle-même a fait lorsqu'il s'est agi de billets à ordre souscrits pour une cause civile : les souscripteurs peuvent être assignés devant le tribunal de commerce et condamnés solidairement, mais non par corps, et ils peuvent demander leur renvoi devant la juridiction civile. Les art. 636 et 637, que je viens d'analyser, confirment donc la distinction que j'ai indiquée.

Je passe aux différentes espèces de sociétés commerciales, et à l'examen du principe sur lequel chacune d'elles est fondée.

En général, quand on est obligé, on l'est sur tous ses biens (1). Mais, en matière de sociétés commerciales, ce principe a été modifié en deux sens opposés : en un sens extensif et en un sens restrictif. *Extensif*, car à la responsabilité personnelle on a ajouté la solidarité (2) : de là une première espèce de sociétés, où tous les associés sont personnellement et solidairement responsables, et, par suite, on les appelle *sociétés en nom collectif ;* ce sont des sociétés de personnes, de crédit. *Restrictif*, car il y a une seconde espèce de sociétés dans lesquelles certains associés sont affranchis de la responsabilité personnelle, et ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur apport : ce sont des sociétés de personnes et de choses, ou, en d'autres termes, de crédit et de capitaux ; on les appelle *sociétés en commandite*. Enfin il y a une troisième espèce de sociétés où tous les associés sont affranchis de la responsabilité personnelle, où aucune personne n'est engagée, où les capitaux seuls sont responsables : ce sont des sociétés de choses ; on les appelle *sociétés anonymes*. Nous voyons, en effet, dans l'art. 19 que : « La loi reconnaît trois espèces de « sociétés commerciales : la société en nom collectif, la société « en commandite, la société anonyme. »

Il y a donc trois combinaisons distinctes, suivant que tous les

(1) Voy. l'art. 2092 du Code Napoléon.

(2) Dérogation à la règle générale posée dans l'art. 1202 du Code Napoléon : « La solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément « stipulée. »

associés sont personnellement responsables, qu'aucun ne l'est, ou que quelques-uns le sont et d'autres ne le sont pas; mais il n'y a que deux principes, savoir : 1° celui de la responsabilité personnelle, 2° celui de l'irresponsabilité personnelle, la responsabilité proprement dite étant remplacée par une responsabilité purement réelle, matérielle.

1° SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF.

Ce sont des sociétés de personnes. Tous les associés sont solidairement responsables (art. 22). Cette solidarité est parfaitement en harmonie avec le but de la société, qui se propose de spéculer non pas sur l'importance de ses capitaux, mais sur le crédit de chacun de ses membres, dont la responsabilité personnelle et solidaire est la base même et le fondement de la société. Aussi, indépendamment des sommes ou valeurs que chacun d'eux apporte à la société et qui appartiennent à cette dernière, chacun d'eux est-il tenu, sur les biens qui lui appartiennent en propre, qu'il n'a pas mis dans la société, du paiement de toutes les dettes sociales. Cette société offre donc pour garantie à ses créanciers, non-seulement sa propre responsabilité et son actif, mais encore la responsabilité personnelle et tous les biens des associés. Elle doit donc avoir un immense crédit, puisqu'elle offre d'immenses garanties.

— Une première règle applicable aux sociétés de personnes, — comme à toutes les autres sociétés commerciales, du reste, — c'est que leur forme doit révéler la nature de leurs éléments, indiquer si ce sont des personnes ou des choses. Voilà pourquoi dans la société en nom collectif il doit y avoir une *raison sociale* (art. 20 *in fine*). C'est une dénomination, formée soit des noms de tous les associés, soit des noms de quelques-uns seulement, soit même du nom d'un seul, avec l'addition, dans les deux derniers cas, des mots *et compagnie*, destinés a empêcher de con-

fondre cette dénomination avec le nom de tel ou tel des associés, — par exemple, Pierre, Paul et C^ie^.

La raison sociale est le nom propre de la société et en même temps sa signature. Aussi la société peut-elle faire, sous sa raison sociale, tout ce qu'un commerçant peut faire sous son nom, sous sa signature, s'engager, plaider, etc.

Il va de soi que le nom d'aucune personne étrangère à la société ne peut figurer dans la raison sociale (art. 21), qu'il ne faut pas confondre non plus avec le nom de l'établissement. Ainsi, *le Grand Colbert, le Grand Condé*, ne sont que des enseignes, et non pas des noms de personnes faisant le commerce, une raison sociale.

La raison sociale implique deux idées : d'une part, celle de la responsabilité personnelle et solidaire, dont elle est le symbole, le signe visible; et, d'autre part, l'idée d'une personne juridique : c'est la personnification de la société.

— Quelles sont les autres conditions requises pour la constitution des sociétés en nom collectif?

Ces sociétés donnent naissance à des rapports compliqués, à des engagements nombreux et incessamment réitérés envers les tiers, engagements qui ont les conséquences les plus graves à raison de la solidarité qui s'y rattache. Dès lors on ne pouvait pas, comme pour les sociétés civiles, se borner à appliquer ici les règles du droit commun sur la constatation des contrats. Il fallait exiger des actes en forme, et repousser absolument la preuve testimoniale, qui serait en désaccord avec la multiplicité, la rapidité des engagements sociaux et la gravité de leurs conséquences. De là, l'art. 39, ainsi conçu : « Les sociétés en nom « collectif... doivent être constatées par des actes publics ou « sous seing privé; en se conformant, dans ce dernier cas, à « l'art. 1325 du Code Napoléon. » — Quant à l'art. 41, il ne fait que reproduire la règle ordinaire du droit civil, lorsqu'il ajoute : « Aucune preuve par témoins ne peut être admise « contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce « qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou

« depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent « cinquante francs » (1).

D'un autre côté, pour que la société ne fût pas entravée dans sa marche par la nécessité de produire à chaque instant l'acte qui la constitue, pour qu'elle pût réaliser avec plus de facilité les opérations qu'elle a en vue, et qui supposent des rapports permanents, réguliers, avec le public, il fallait que les clauses qui intéressent les tiers fussent portées à leur connaissance : en un mot, il fallait des conditions de publicité; et cette nécessité avait été sentie dès 1673. — Il y a donc, en matière de sociétés commerciales, deux contrats distincts : un premier contrat qui se forme entre les associés seulement, un second contrat qui intervient entre la société, les associés et les tiers. Le premier se forme par l'accord des volontés des personnes qui se mettent en société; le second, par la publication d'un extrait contenant les clauses qu'il importe aux tiers de connaître. Le premier est régi par les stipulations de l'acte de société, et par les dispositions du droit civil, qui forment le droit commun; le second, par la loi commerciale seule. C'est pourquoi il est dit dans l'art. 18 : « Le « contrat de société se règle par le droit civil, par les lois « particulières au commerce et par les conventions des parties. » Ce qui est régi par la convention et par le droit civil, ce sont les rapports des associés entre eux; ce qui est régi par les lois particulières au commerce, ce sont les rapports de la société et des associés avec les tiers. La loi commerciale seule règle le contrat qui intervient entre la société et les tiers : elle le règle complétement, et quant au fond, et quant à la forme : c'est elle qui indique les clauses qui doivent être insérées dans l'extrait, et la manière dont elles doivent être portées à la connaissance des tiers. A cet égard, rien n'est laissé au libre arbitre des parties, tout est de rigueur, tout est fixé par la loi elle-même, qui intervient dans

(1) Cette règle du droit civil ne s'applique pas, généralement, en matière commerciale : voy. l'art. 1341 du Code Napoléon, et un arrêt de la Cour de cassation, du 10 avril 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 901). C'est par exception qu'on y revient dans la matière des sociétés commerciales.

l'intérêt des tiers et fixe pour eux les conditions d'un contrat qui se forme avec eux, mais sans eux. La loi *stipule pour eux*, puisqu'ils sont dans l'impossibilité de le faire eux-mêmes, et les associés ne peuvent pas substituer leur volonté à celle de la loi.

Cela posé, voyons quelles sont les clauses de l'acte de société qui doivent être portées à la connaissance des tiers. A cet égard, aucune incertitude n'était possible. En effet, il y a des énonciations dont la connaissance est indispensable aux tiers. Elles sont indiquées par l'art. 43. Aux termes de cet article, l'extrait qui est rendu public doit contenir :

1° L'indication de la raison sociale;

2° La désignation des administrateurs;

3° Le nom des associés. En effet, ils apportent en société leur responsabilité personnelle, leur crédit : la société spécule donc sur la confiance que ses membres inspirent et non pas seulement sur les sommes ou valeurs qu'ils apportent. Il faudra donc mentionner leur *personne* et non leurs *apports* : car c'est en vue de leur personne que les tiers traitent avec la société, et ils peuvent se faire payer non-seulement sur les biens sociaux, mais sur les biens personnels des associés, sur tout leur avoir;

4° L'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir. En effet, les tiers ne peuvent pas contracter avec la société tant qu'elle n'a pas commencé ni après qu'elle a cessé d'exister.

Quant aux formes de la publication, elles sont également réglées par la loi, et les associés ne peuvent rien y changer. Ces formes sont à peu près les mêmes que sous l'Ordonnance de 1673, sauf qu'on a comblé des lacunes que présentait cette Ordonnance, réglé certains points dont elle ne s'était pas occupée.

Aux termes de l'art. 42 du Code de commerce, un extrait de l'acte de société contenant les indications que j'ai signalées tout à l'heure doit être transmis au greffe du tribunal de commerce du domicile social, pour y être transcrit sur un registre et y être affiché dans la salle d'audience. C'est là, aussi, ce que prescrivait l'Ordonnance de 1673; mais le Code de commerce a réglé, d'une

manière conforme à l'esprit de cette Ordonnance, deux ou trois points sur lesquels elle ne s'était pas expliquée. Il a décidé dans quel délai l'extrait devrait être transmis, et pendant combien de temps il resterait affiché : il a décidé qu'il serait transmis dans a quinzaine de la date de l'acte de société et resterait affiché pendant trois mois. De plus, il a prévu le cas où la société aurait des maisons de commerce situées dans plusieurs arrondissements ; et il a voulu, pour plus de publicité, que la transcription et l'affiche de l'extrait de l'acte de société fussent faites au tribunal de commerce de chacun de ces arrondissements.

L'Ordonnance, pour le cas où il n'y avait pas de tribunal de commerce, prescrivait la publication à la maison commune, et, s'il n'y en avait pas, au greffe des juges des lieux. Aujourd'hui la publication se fait au tribunal de commerce de l'arrondissement, et, à défaut de tribunal de commerce, au tribunal civil qui en remplit les fonctions.

D'après l'Ordonnance, tit. IV, art. 6, la publication devait se faire au greffe du domicile de tous les contractants et du lieu où ils avaient magasins. Aujourd'hui, rien de semblable n'est exigé. Les noms et demeures des associés sont indiqués dans l'extrait, et la publication se fait seulement au tribunal de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social ; mais, comme je l'ai déjà dit, si la société a des maisons de commerce situées dans plusieurs arrondissements, la publication doit se faire dans chacun des arrondissements.

Tel était le mode de publication prescrit par le Code de commerce. Mais ce mode de publication était insuffisant : il fallait l'approprier aux exigences des temps modernes, en prescrivant l'insertion de l'extrait dans un journal. On comprend que cette idée ne se fût pas présentée à l'esprit des auteurs de l'Ordonnance de 1673 ; mais elle dut nécessairement se présenter à l'esprit des rédacteurs du Code de commerce, et cependant ils ne prescrivirent pas l'insertion dans un journal.

Mais en 1814, à la date du 12 février, fut rendu un décret qui vint compléter le système de publication ordonné par le

Code, en prescrivant l'insertion dans un journal. Toutefois, ce décret, soit parce qu'il était contraire aux habitudes reçues, soit parce que les événements de cette époque absorbaient l'attention publique, ne fut pas assez remarqué et les dispositions n'en furent pas exécutées.

Cependant un assez grand nombre de sociétés s'étaient formées depuis la promulgation de ce décret, et comme elles n'avaient pas fait l'insertion qu'il prescrivait, elles étaient menacées, si ce décret était reconnu valable, obligatoire, de se voir annuler. La question fut, en effet, soulevée ; elle divisa même les tribunaux.

Les sociétés dont l'existence était menacée soutenaient que le décret de 1814 n'avait pas d'existence légale, parce qu'il avait été signé par l'impératrice Marie-Louise comme régente, et que cet acte était en dehors de ses pouvoirs.

La question fut portée devant la Cour de cassation, qui jugea, en 1832, qu'en effet l'impératrice Marie-Louise n'avait pas été autorisée à signer ce décret, et que, partant, il était nul comme inconstitutionnel. Cette décision sauva les sociétés dont l'existence était en question, de la nullité dont elles étaient menacées ; mais il fit renaître la lacune que le décret avait comblée. C'était donc au législateur à y pourvoir ; il était en quelque sorte mis en demeure de le faire par la décision de la Cour de cassation, qui n'avait annulé le décret de 1814 que pour un vice de forme.

Cependant ce ne fut qu'en 1833 qu'une loi fut rendue à cet effet ; c'est la loi du 31 mars 1833, qui a ajouté à l'art. 42 du Code de commerce *deux* paragraphes nouveaux. D'après le premier de ces paragraphes, c'était aux tribunaux de commerce qu'était conféré le droit, ou plutôt qu'était donnée la mission, de désigner chaque année, dans la première quinzaine de janvier, un ou plusieurs journaux où seraient insérés les extraits des actes de société. Par le second paragraphe ajouté à l'art. 42, cette loi a prescrit des formalités minutieuses pour garantir contre toute infraction l'exécution de l'insertion qu'elle ordon-

nait. Elle a voulu qu'il fût justifié de cette insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Enfin un décret en date du 17 février 1852 a retiré aux tribunaux de commerce la désignation des journaux où se feraient les insertions légales, et l'a attribuée aux préfets, qui ont été ainsi substitués, à cet égard, aux tribunaux de commerce; c'est le seul changement que le décret de 1852 ait fait à la législation antérieure (1).

Je n'ajouterai, sur l'exposé que je viens de présenter, qu'une seule réflexion, qu'il suggère naturellement : c'est que, si les progrès sont lents à s'accomplir en toute chose, ils le sont surtout en matière de législation. On en voit ici une preuve frappante : car, pour introduire dans la législation une disposition nouvelle, toute simple, qui ne semblait pas susceptible de la moindre objection, combien de temps n'a-t-il pas fallu ?

— Je passe à la sanction. A cet égard, la législation n'a pas varié. Depuis 1673 jusqu'à nos jours, la nullité a été attachée comme sanction à l'inobservation des formalités prescrites pour la publication des sociétés commerciales. C'est ce qu'il est facile de reconnaître par la lecture des art. 2 et 6 du Titre IV de l'Ordonnance, de l'art. 1[er] du décret de 1814 ; la loi de 1833 et le décret de 1852 sont conçus, non dans les mêmes termes, mais dans le même esprit. — Toutefois, l'Ordonnance semblait mettre sur la

(1) C'est le décret organique sur la presse. Voici le texte de l'art. 23 : « Les annonces judiciaires exigées par les lois pour la validité ou la publi- « cité des procédures ou des contrats seront insérées, à peine de nullité de « l'insertion, dans le journal ou les journaux de l'arrondissement qui se- « ront désignés chaque année par le préfet. — A défaut du journal dans « l'arrondissement, le préfet désignera un ou plusieurs journaux du dépar- « tement. — Le préfet réglera en même temps le tarif de l'impression de « ces annonces. »

Ces mots : « *à défaut du journal dans l'arrondissement,* » signifient-ils : *quand il n'y a pas de journal dans l'arrondissement ?* ou bien signifient-ils, au contraire : *quand il n'a pas convenu au préfet de désigner un journal dans l'arrondissement?* Voyez sur ce point l'article inséré par M. Ballot dans la *Revue pratique* (t. XI, p. 343 et suiv.).

même ligne les associés et les tiers (1) ; et pourtant une distinction était évidemment nécessaire : car la position des tiers et celle des associés est fort différente. La publication se fait en vue des tiers, principalement dans leur intérêt, et, si elle n'a pas eu lieu, ils seront en droit de s'en plaindre, d'en rendre responsables les associés qui sont tenus de la faire ; mais on ne comprendrait pas que les associés pussent se prévaloir du défaut de publication, qui constitue une faute de leur part. Aussi l'art. 42 *in fine*, rectifiant les termes de l'Ordonnance, consacre-t-il cette distinction (2).

Du reste, la nullité sera encourue, non-seulement pour défaut absolu de publication, mais encore pour publication incomplète, ou même pour simple retard dans la publication : par exemple, si on a affiché au tribunal de commerce et qu'on n'ait pas inséré dans les journaux, ou, en sens inverse, si l'on a inséré dans les journaux et qu'on n'ait pas affiché au tribunal de commerce, ou bien si l'on a fait l'insertion dans un seul des journaux désignés, au lieu de la faire dans tous (3).

(1) Art. 2. « L'extrait des sociétés entre marchands et négociants, tant « en gros qu'en détail, sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire, « s'il y en a ; sinon, en celui de l'hôtel commun de la ville ; et, s'il n'y en « a point, au greffe de nos juges des lieux ou de ceux des seigneurs ; — et « l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public. *Le tout à peine de « nullité des actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs « créanciers et ayant cause.* »

Art. 6. « Les sociétés n'auront d'effet, *à l'égard des associés, leurs veuves « et héritiers, créanciers et ayant cause,* que du jour qu'elles auront été en- « registrées et publiées au greffe du domicile de tous les contractants et du « lieu où ils auront magasin. »

(2) « Ces formalités seront observées, à peine de nullité à l'égard des « intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des « tiers par les associés. »

(3) Quand M. Bravard dit que la nullité est encourue *pour simple retard dans la publication*, il suppose qu'un tiers a traité avec la société après l'expiration du délai de quinzaine et à un moment où la publication n'était pas encore faite : ce tiers pourra demander la nullité nonobstant la publication effectuée plus tard. Mais le tiers qui aurait traité à un moment où la publication avait eu lieu, bien qu'elle n'eût eu lieu que postérieurement à l'expiration du délai de quinzaine, ne serait point fondé à demander la nullité.

En supposant une société dont l'existence est conditionnelle, se serait-

Reste à savoir si les associés pourraient s'opposer la nullité les uns aux autres. Il peut y avoir sur ce point difficulté et controverse. L'art. 42 dit : *à l'égard des intéressés;* et l'on pourrait prétendre que ce mot ne comprend que les tiers créanciers, et non les associés, auxquels cette publication n'apprend rien, et qu'à ce point de vue elle n'intéresse pas. Mais ce serait là une erreur. Si la publication ne les intéresse pas à ce point de vue, elle les intéresse en ce que, sans elle, ils ne trouveraient que difficilement à contracter et seraient entravés dans leurs opérations, qui doivent être rapides, instantanées.

Mais on peut faire une objection beaucoup plus grave et à laquelle il faut répondre. Si les associés peuvent se prévaloir les uns contre les autres du défaut de publication, il arrivera que, bien qu'ils soient tous également en faute, cette faute profitera aux uns et nuira aux autres, ce qui ne serait pas moins contraire au droit qu'à l'équité, puisque alors cette nullité conserverait à l'égard des uns son caractère de peine, et le perdrait à l'égard des autres, pour se transformer en une sorte de bénéfice. — Sans doute il serait fort difficile, si on s'attachait à cette idée que la nullité est une peine, il serait fort difficile d'admettre les associés à s'en prévaloir ; mais, en conservant à cette nullité le caractère de peine dans les rapports des tiers avec les associés, il faut, dans les rapports des associés entre eux, la considérer à un autre point

on conformé à la loi en faisant la publication dans la quinzaine de l'acte de société, mais avant l'arrivée de la condition? L'affirmative paraît justifiée soit par le texte de l'art. 42 1er alinéa, soit par le principe que la condition une fois accomplie a un effet rétroactif (C. Nap., art. 1179). Cependant on a jugé que, si dans un acte de société un des contractants se porte fort pour un tiers et promet que celui-ci viendra s'adjoindre de telle ou telle manière à la société, la publication faite avant la ratification de ce tiers doit être considérée comme non avenue. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 4 août 1847 (Dev.-Car., 47, 1, 649).

Aux cas de publication incomplète que cite M. Bravard on peut ajouter le cas où il ne serait pas justifié de l'enregistrement d'un exemplaire du journal dans lequel a été inséré l'extrait. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 30 janvier 1839 (Dev.-Car., 39, 1, 393), et par la Cour de Bordeaux, le 5 février 1841 (Dev.-Car., 41, 2, 219).

de vue, se reporter à ce que j'ai dit des deux contrats corrélatifs qui se forment à l'occasion de toute société commerciale, l'un entre les associés, l'autre avec les tiers. Ces deux contrats sont connexes : si l'un n'est pas valable, l'autre est nécessairement affecté dans son existence. Or, quand les formalités requises pour la publication n'ont pas été remplies, le contrat formé avec les tiers est nul : ils peuvent, à leur gré, ou méconnaître l'existence de la société ou l'invoquer; et, dès lors, les associés se trouvent par le fait dans une situation contraire à leurs intérêts et où ils n'ont pas entendu se placer. Ils ont donc, chacun de leur côté, le droit de la faire cesser, et, pour cela, de demander la dissolution de la société. Il n'y a là rien que d'équitable, que de conforme à la pensée qui a présidé à la formation de la société et à l'égalité qui doit régner entre les associés (1).

Que faudrait-il décider, cependant, s'ils étaient restés en société, malgré l'inobservation des formalités voulues pour la publication, s'ils avaient fait des opérations pendant de longues années, comme si la nullité n'existait pas? Seraient-ils encore recevables à l'invoquer? Oui; c'est la conséquence du principe

(1) Aussi est-ce une doctrine universellement admise. Elle est supposée et consacrée implicitement dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1859, dont je crois utile de rapporter ici les principaux *considérants* :

« Attendu qu'il n'est pas interdit à l'un des associés de contracter avec « la société des engagements qui lui conservent des droits distincts de « ceux de cette société; — Attendu que l'arrêt attaqué constate, en fait, « que Besson ne contractait pas, dans l'acte de société, seulement en qua- « lité d'associé, mais encore qu'il stipulait en qualité de propriétaire de « l'immeuble qu'il donnait à bail à la société....

« Attendu qu'un associé qui contracte avec des associés est un tiers par « rapport à eux, et peut se prévaloir, à leur égard, du bénéfice de la soli- « darité, à laquelle l'art. 22 soumet les associés en nom collectif pour tous « les engagements de la société; que, si l'art. 42 du même Code prononce « la nullité de l'acte de société pour défaut de publication, le même article « dispose que cette nullité ne peut être opposée *aux tiers* par les associés; « que c'est donc avec raison que, nonobstant la nullité invoquée contre « l'acte de société pour défaut de publication, l'arrêt attaqué a maintenu « la solidarité entre tous les associés pour l'exécution du bail consenti « par Guillaume Besson à la société Lebouvier et compagnie... » (Dev.-Car., 59, 1, 509).

que j'ai posé. La nullité, subsistant à l'égard des tiers, doit subsister par cela même à l'égard des associés : car la société, n'ayant pu se constituer à l'égard des tiers, qui sont toujours en droit de la méconnaître, n'a qu'une existence incomplète, et les associés ne sont pas liés les uns envers les autres. Voilà, selon moi, la véritable raison de décider (1).

Quels seront les effets de cette nullité ? S'ensuivra-t-il que la société et l'acte qui la constituait seront considérés comme non avenus? Si l'on prenait le mot *nullité* à la lettre, il faudrait peut-être bien en tirer cette conséquence, et, par suite, décider que la répartition des bénéfices et la contribution aux pertes seraient réglées, non d'après les stipulations de l'acte de société, mais d'après le droit commun seul. Or, cela serait inique. Il y aurait profit pour les uns, perte pour les autres, et il n'en saurait être ainsi : ce serait contraire à la bonne foi, qui est un des caractères du contrat de société ; ce serait contraire, d'ailleurs, au principe même auquel il faut rattacher cette nullité, à l'impossibilité de condamner les associés à rester dans une société que les tiers peuvent méconnaître, qui, dès lors, ne saurait fonctionner utilement pour eux, et d'une manière conforme à l'intention qui y a présidé. D'après cela, qu'ils puissent faire cesser la société, rien de mieux; mais tout ce qui s'est fait jusque-là doit être main-

(1) Cette décision paraît prévaloir dans la pratique. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 31 décembre 1844 (Dev.-Car., 45, 1, 10). La Cour dit positivement que les formalités prescrites par l'art. 42 sont d'ordre public. — Le tribunal de commerce de la Seine s'est fondé sur le même motif pour décider que, par cela seul qu'on a laissé passer le délai de quinzaine sans faire la publication, il y a un droit acquis pour chacun des associés à demander la nullité, droit qui pourra être exercé nonobstant toute publication faite après l'expiration de ce délai de quinzaine. La Cour de Paris a confirmé ce jugement par son arrêt du 11 juillet 1857 (Dev.-Car., 58, 2, 40). Je ne puis approuver cette décision que dans l'hypothèse où un tiers, ayant traité avec la société antérieurement à la publication, aurait lui-même le droit de faire prononcer la nullité. En dehors de cette hypothèse particulière, je n'aperçois pas comment l'ordre public serait intéressé à ce que l'un des associés pût indéfiniment faire annuler la société par cela seul qu'elle aurait été publiée le seizième jour et non le quinzième.

tenu et réglé par l'acte de société, qui en soi n'est entaché d'aucun vice. Cette nullité porte donc sur l'avenir, mais non sur le passé (1).

Reste une dernière question, sur laquelle je suis à regret forcé de me séparer de la Cour de cassation : le créancier particulier de l'un des associés, la femme de l'un d'eux, par exemple, pourrait-il opposer la nullité résultant du défaut de publication? Il pourra, cela n'est pas douteux, l'opposer, du chef de l'associé dont il est créancier, et comme exerçant les droits de ce dernier, aux autres associés. Mais pourra-t-il, ce que ne pourrait l'associé dont il est créancier, opposer cette nullité aux tiers créanciers de la société? S'il en était ainsi, il aurait plus de droits que son débiteur, et ce serait quelque chose d'assez incohérent, et qui, pour cela même, ne doit pas être admis facilement. La Cour de cassation a cependant adopté ce système, parce qu'elle a considéré le mot *intéressés*, qui se trouve dans le dernier alinéa de l'art. 42, comme comprenant même les créanciers particuliers des associés (2); mais ce

(1) La jurisprudence est en ce sens. Voici notamment ce que nous lisons dans un arrêt de la Cour de cassation, du 16 mai 1859 : « Attendu que les « actes de société produisent leur effet, quoique les statuts n'aient pas été « publiés, pour tous les faits accomplis antérieurement à la demande en « nullité » (Dev.-Car., 60, 1, 889).

On ne doit évidemment pas considérer comme contraire l'arrêt de la même Cour, du 4 janvier 1853, portant ce qui suit : « Attendu que les « sociétés en nom collectif, nulles en raison de l'inobservation des formalités « exigées par l'art. 42 du Code de commerce pour les rendre publiques, « établissent cependant entre les intéressés, pendant le temps qu'elles « existent, une communauté d'intérêts dont les effets accomplis doivent « être réglés soit par les principes du droit, soit par l'équité, soit même « dans certains cas par la convention ; — mais que les parties intéressées « ne sont pas recevables à demander que les conséquences des infractions « faites à ces conventions soient, après la dissolution de la société, réglées « par les clauses des conventions déclarées nulles ; — que décider ainsi, « ce serait, en réalité, rendre efficaces, au-delà de la durée de la commu- « nauté de fait, des conventions dont la nullité est déclarée, et cela au mé- « pris de la loi qui veut que cette nullité puisse être opposée par les parties « intéressées ; — que, suivant les dispositions de l'art. 1227 du Code Napo- « léon, la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause « pénale... » (Dev.-Car., 53, 1, 111).

(2) Arrêt de cassation de la chambre civile, du 18 mars 1851 (Dev.-

n'est pas d'eux qu'on a voulu parler, et la preuve, c'est que les énonciations dont on a prescrit la publication ne les intéressent en aucune façon, — tandis que la seule qui les intéresserait, l'indication des apports, ne doit pas se trouver dans l'extrait, elle n'est pas exigée. Il est donc bien clair que la publication n'est nullement faite en vue des créanciers particuliers, qu'elle ne les intéresse pas, et qu'ils ne peuvent pas, de leur chef, se prévaloir de ce qu'elle n'a pas eu lieu. Il y a même un argument à tirer en ce sens de la disposition finale de l'art. 42, de l'alternative qu'il accorde aux tiers, entre la nullité et la validité de la société. Les tiers peuvent, suivant qu'ils y ont intérêt, faire considérer la société comme nulle ou comme valable à leur égard ; or, les créanciers particuliers pourraient avoir intérêt à faire considérer la société comme nulle, jamais à la faire considérer comme valable : car, fût-elle valable, ils ne seraient pas pour cela ses créanciers, ils ne seront jamais créanciers que d'un associé.

Donc l'économie de la loi, les prescriptions de l'art. 43, combinées avec le dernier alinéa de l'art. 42, pris dans son entier, prouvent, contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation, que le mot *intéressés* ne saurait comprendre les simples créanciers particuliers d'un associé, qu'il doit être restreint aux associés et aux tiers (1).

Nous avons vu toutes les conditions nécessaires pour la constitution des sociétés en nom collectif. Maintenant supposons que

Car., 51, 1, 273). Aujourd'hui on peut dire que la question ne se plaide plus : les avocats et les magistrats posent en principe que les créanciers personnels d'un associé sont des tiers *intéressés*, dans le sens de l'art. 42 ; des procès s'élèvent seulement quelquefois sur la portée qu'il convient de donner au principe, sur les applications dont il est susceptible. Voy., à l'appui de cette observation, un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1855 (Dev.-Car., 55, 1, 721).

(1) L'argumentation de M. Bravard me paraît de nature à faire réfléchir les auteurs et les magistrats qui se bornent complaisamment à dire, les uns après les autres : « Les créanciers personnels sont évidemment des tiers intéressés. »

la société est valablement constituée et voyons comment elle va fonctionner. Nous avons à envisager l'administration des sociétés, dans son *organisation*, dans son *mode d'action*, dans ses *conséquences*. Commençons par l'organisation.

Un principe commun à toutes les sociétés, c'est que, étant des personnes purement juridiques, des personnes légales, des *abstractions* en un mot, elles ne peuvent rien faire par elles-mêmes : elles ne peuvent agir, elles ne peuvent se mettre en rapport avec les tiers, que par des mandataires, des représentants. Ainsi, entre la société et son but il y a des intermédiaires nécessaires. Ce sont des administrateurs.

Cette donnée est commune à toutes les sociétés ; mais il faut la compléter par une autre, un peu plus compliquée, qui s'éclaircira à mesure que nous avancerons. Dans les sociétés de personnes, la société empruntera son administration aux éléments dont elle se compose : elle la tirera de son sein, elle y appellera ses propres membres. Dans les sociétés de personnes et de choses, l'administration ne pourra pas être empruntée à tous les éléments de la société : elle ne pourra être empruntée qu'à l'élément personnel, confiée qu'aux associés personnellement responsables, et non aux simples commanditaires. Enfin, dans les sociétés de choses, sociétés anonymes, l'administration sera prise forcément en dehors de la société ; elle ne pourra pas être empruntée à ses éléments, puisque ce sont des choses et non des personnes.

Pour en revenir à la société en nom collectif, la seule dont je m'occupe en ce moment, ses administrateurs seront pris parmi ses membres (1). Du reste, on pourra charger de l'administration

(1) L'associé qui a pouvoir de représenter la société, de l'obliger, doit-il nécessairement exercer ce pouvoir par lui-même ? Non : il peut l'exercer par un mandataire, à qui il délègue son droit de signer sous la raison sociale. Alors, conformément aux principes du mandat, ce délégué ne devient point associé : les créanciers sociaux ne pourraient pas le poursuivre, le faire mettre en faillite, etc. Seulement, s'il était en faute pour avoir laissé croire à ceux qui le voyaient disposer de la signature sociale qu'il était associé, il pourrait être tenu aux termes de l'art. 1382 du Code

tous les associés, quelques-uns seulement, ou un seul. Les associés auront à cet égard toute latitude.

Mais il faudra qu'il y ait des administrateurs nommés par l'acte même de société. On ne saurait admettre ici, comme l'art. 1856 du Code Napoléon le fait pour les sociétés civiles, que les administrateurs seront nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ; ils devront toujours être nommés par l'acte de société. En effet, une société ne peut se mettre en rapport avec les tiers que par l'entremise de ses administrateurs ; or, toute société commerciale est destinée, mais surtout les sociétés de personnes dont je m'occupe, à établir entre elle et les tiers des rapports réguliers, permanents. Pour que ces rapports soient possibles, il faut qu'elle ait des administrateurs : donc, la nomination des administrateurs doit être concomitante à la naissance de la société, qui, sans cela, ne pourrait pas fonctionner et, par suite, exister. C'est la conséquence qu'il faut tirer du but que se propose toute société commerciale : relations suivies et permanentes avec les tiers. Au surplus, c'est ce qui résulte d'un article du Code de commerce, de l'art. 43, qui veut que l'extrait indique les noms des administrateurs : donc, ces noms, cette désignation, doivent se trouver dans l'acte même de société.

Je ne discute pas la question de savoir si cette désignation pourrait être tacite, résulter du silence gardé par les associés. J'ai quelques doutes sur ce point. Les associés en nom collectif sont peu nombreux ; ils apportent chacun dans la société leur responsabilité personnelle, et, dès lors, il semble qu'aujourd'hui comme dans l'ancien droit il est assez naturel qu'à défaut de stipulations contraires, ils aient tous le droit d'administrer la

Napoléon. Voy. M. Bédarride (*Des sociétés*, t. Ier, nos 142 et suiv.) : il rapporte deux arrêts rendus en ce sens par la Cour de Paris. — Il faut même admettre, avec cet auteur, que les associés pourraient convenir qu'aucun d'eux n'administrera et que l'administration sera exercée par un tiers non associé. Cette clause ayant été rendue publique, le tiers serait bien responsable envers les associés, ses mandants, mais non envers ceux avec qui il aurait traité au nom et pour le compte de la société.

société. Mais, qu'ils soient nommés expressément ou tacitement, ils n'en sont pas moins nommés par le contrat même de société. De là des conséquences importantes :

La nomination, étant faite par l'acte de société, par le contrat, participe à son irrévocabilité : elle ne peut donc pas être révoquée, ni par un seul, ni par la majorité, quand même tous les associés, moins celui qui a été nommé administrateur, seraient d'avis qu'il y a lieu de le remplacer. Ils ne le pourraient pas, parce qu'il s'agit là d'une condition même du contrat; et, pour la changer, il faudrait l'unanimité, comme il l'a fallu pour former le contrat.

Une autre conséquence, implicitement contenue dans celle-là, c'est que ni l'un des associés ni même la majorité des associés ne pourra former opposition aux actes que l'administrateur voudrait faire en cette qualité : car le mandat, irrévocable dans son principe, l'est aussi dans ses applications, dans son exécution, quant aux actes qu'il comprend. — Ainsi, les administrateurs jouiront d'une indépendance, d'une stabilité, qui contribuera à la bonne administration de la société, qui donnera plus de suite, plus de rapidité à ses opérations. C'est là un avantage. Mais, à côté, il y a un inconvénient, auquel il fallait obvier. Les associés, par la nomination qu'ils ont faite d'un administrateur, s'il est complétement irrévocable, s'il ne dépend plus d'eux, ne seront-ils pas à sa discrétion, dans l'impuissance d'empêcher des actes qui peuvent compromettre gravement leurs intérêts, faire dévier la société de son but? Il y a ici une garantie nécessaire à la sécurité des associés, et elle se tire du principe même d'où dérive l'irrévocabilité du mandat des administrateurs, du respect dû au contrat, de l'intention qui y a présidé. Si les administrateurs excèdent leurs pouvoirs, s'ils commettent des fraudes, s'ils détournent la société de son but, ils contreviennent au contrat, et on pourra les rappeler à son exécution. Ils méconnaissent leur mandat, et on pourra demander qu'il leur soit retiré. Tous les associés et chacun d'eux auront ce droit, car le contrat fait loi pour tous. Ce sera là

l'objet d'une contestation qui sera soumise à l'appréciation des tribunaux : ceux-ci auront le droit de prononcer la destitution des administrateurs; mais, si la demande est mal fondée, ils la rejetteront et pourront condamner le demandeur à des dommages et intérêts. Ainsi, l'intérêt des administrateurs et celui des associés se trouveront conciliés.

Ce que je viens de dire de la qualité d'administrateur s'applique aux actes de l'administration, auxquels chaque associé pourra, pour les causes que j'ai indiquées, savoir : excès de pouvoirs, fautes graves, fraudes, mais seulement pour ces causes, former opposition ; et la justice en appréciera le mérite, l'admettra ou la rejettera.

Voilà la règle qui régit les rapports des administrateurs avec les associés. Mais il y a un autre principe, qui est fort distinct de celui-là et avec lequel on le confond souvent. Quand il y aura plusieurs administrateurs, que tous les associés le seront, par exemple, chaque associé aura, non pas en sa qualité d'associé, mais en sa qualité d'administrateur, le droit de s'opposer aux actes que les autres voudront faire comme administrateurs : car alors il y aura en présence, non pas de simples associés et un administrateur, investi seul du droit d'administrer, droit auquel les simples associés ne peuvent porter atteinte, mais il y aura des administrateurs en présence d'autres administrateurs, qui ont le même caractère, les mêmes pouvoirs. Si donc l'un veut faire un acte parce qu'il le croit utile à la société, et que l'autre, qui aurait le droit de faire cet acte, le juge inopportun ou dommageable à la société, il pourra s'y opposer, et son opposition suffira pour l'empêcher. Ici, en effet, toutes choses étant égales, c'est le cas d'appliquer la maxime : *In pari causa, melior est prohibentis*, — ce qui revient à dire que dans le doute le parti le plus sage est de s'abstenir. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'art. 1859, n° 1 *in fine*, du Code Napoléon : « sauf le « droit, qu'ont ces derniers ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opé- « ration avant qu'elle soit conclue. » Cet article suppose que les associés sont administrateurs et que l'opposition est formée par

eux en cette qualité, — sans quoi ils ne seraient pas recevables à la former, ainsi que je l'ai établi précédemment.

On ne pourra pas ici, comme le voudraient certains auteurs, qui confondent deux ordres d'idées tout à fait distincts, en appeler à la décision de la justice de même qu'on le peut dans le cas précédent. Il n'y a pas ici une contestation, un litige; il y a un simple dissentiment, une divergence d'appréciations, dont la justice ne saurait être saisie. Il faudra donc en référer à la majorité des administrateurs, et subsidiairement à la majorité des associés; et, s'il n'y avait pas de majorité pour autoriser l'acte, et que l'on ne pût, sans compromettre gravement les intérêts de la société, rester dans le *statu quo*, ce serait une cause légitime de dissolution.

Voilà d'après quelles bases l'administration de la société sera organisée.

— Voyons maintenant quel sera son mode d'action, et d'abord constatons qu'en matière de sociétés commerciales, de sociétés en nom collectif, les pouvoirs des administrateurs sont fort étendus. La qualité d'administrateur suffit pour que celui qui en est investi puisse obliger la société, et même obliger les associés dans leurs personnes et sur tous leurs biens, — tandis que, dans les sociétés civiles, il faudrait, pour que l'un des associés pût obliger les autres, un pouvoir spécial (1). Il en est autrement dans les sociétés commerciales : bien que le mandat des administrateurs soit général, il suffit pour autoriser les actes que j'ai indiqués.

C'est précisément à raison de l'étendue des pouvoirs des administrateurs que, dans la pratique, on cherche à les restreindre, et même dans des limites plus étroites que la nature des sociétés ne le comporte. Il est sans doute loisible aux associés d'exiger pour tel ou tel acte d'administration, pour les plus importants, le concours de plusieurs des associés et même de tous. Mais pourraient-ils aller jusqu'à interdire aux administrateurs toute opération à crédit, jusqu'à les astreindre à ne traiter qu'au

(1) Voy. l'art. 1862 du Code Napoléon.

comptant? Une pareille clause est-elle valable? Les associés pourraient-ils l'opposer aux tiers auxquels l'associé administrateur aurait souscrit des billets ou autres titres, et se refuser par suite à les payer?

Evidemment, si cette clause n'avait pas été insérée dans l'extrait, elle ne pourrait pas être opposée aux tiers, elle serait comme non avenue à leur égard; la question ne pourrait pas même s'élever. Mais, lors même qu'elle aurait été insérée dans l'extrait, elle n'en serait pas moins nulle, comme contraire à l'essence de la société en nom collectif. Si les associés ne veulent pas que leur responsabilité personnelle soit engagée, qu'ils mettent leurs capitaux dans une société de choses; mais, s'ils sont entrés dans une société de personnes, ils ne peuvent pas en retrancher un de ses attributs essentiels. Or le caractère propre de cette société, c'est de spéculer sur le crédit des associés bien plus que sur les capitaux qu'ils ont apportés. L'art. 43 indique les clauses qui doivent nécessairement figurer dans le contrat qui se forme entre la société et les tiers : le nom des associés doit s'y trouver indiqué, et qui dit *leur nom* dit *leur responsabilité*. Les associés ne peuvent substituer aux clauses que la loi indique des clauses différentes ou contraires : ils sont tenus de se conformer à ses prescriptions, qui sont de rigueur et d'ordre public.

— Nous arrivons à nous demander dans quels cas et à quelles conditions la société sera obligée envers les tiers.

La première condition requise, c'est que l'engagement ait été contracté par un associé administrateur, sans quoi cet associé pourrait bien s'engager lui-même, mais il ne pourrait pas engager la société.

Toutefois, il y a une exception, au moins apparente, qui mérite d'être signalée, pour le cas où la société est en commandite et où il s'agit d'associés commanditaires. Supposons qu'un associé ait été indiqué dans la société comme simple bailleur de fonds : il n'est tenu que jusqu'à concurrence de son apport; il ne peut pas être administrateur ni même faire d'actes de gestion. Il semble donc que les actes de ce genre qu'il s'aviserait de faire, devraient

être considérés comme non avenus à l'égard de la société. Cependant il en sera tout autrement; et, quand il aura fait un acte de gestion avec le consentement au moins tacite de ses co-associés, il en sera responsable envers les tiers, et la société elle-même le sera. C'est ce qui résulte des articles 27 et 28, qui peuvent s'expliquer d'une manière très-rationnelle par les principes de la commandite, mais que je n'explique pas en ce moment, que je me borne à signaler comme contenant une sorte d'exception au principe que, pour engager la société, il faut être administrateur.

La seconde condition requise pour que la société soit obligée envers les tiers, c'est que l'engagement ait été contracté au nom de la société.

Dans les sociétés civiles, les tiers devront avoir soin de faire constater que l'associé agit pour le compte de la société, comme administrateur de la société, s'ils veulent avoir la société pour obligée; et, à défaut de ces énonciations, ce sera aux tribunaux à examiner, d'après les faits et circonstances, si c'est avec l'associé personnellement que le tiers a contracté, ou avec la société. Mais, en matière commerciale, il fallait abréger toutes ces formalités, incompatibles avec la rapidité des opérations, et c'est pourquoi on a exigé qu'il y eût une raison sociale, qui est le nom et la signature de la société. Quand un engagement sera contracté sous la raison sociale, il sera censé contracté par la société elle-même, puisqu'il portera sa signature, et dès lors il sera à sa charge. On pourrait bien, sans doute, procéder comme en matière civile. Un associé administrateur pourrait obliger la société sans employer la signature sociale; il suffirait pour cela qu'il eût traité pour le compte de la société, et l'appréciation de ce fait serait laissée au pouvoir discrétionnaire des juges. C'est ce que la Cour de cassation a jugé : elle a même reconnu, au moins implicitement, que l'intention d'obliger la société pourrait s'induire de ce que la société aurait profité de l'engagement (1).

(1) Arrêt de rejet de la chambre civile, du 17 mars 1834 : « Attendu, sur

Mais il sera bien rare, quand on traitera avec une maison de commerce, qu'on n'exige pas la raison sociale, qui dispensera de toute preuve.

« le premier moyen, que les effets dont les sieurs Coste père et fils « étaient porteurs n'avaient été signés qu'individuellement par le sieur « Sassier ; qu'il n'y avait été fait aucune mention propre à faire supposer « que ces effets eussent été souscrits dans l'intérêt commun de la société « du sieur Sassier et du sieur Lachaume d'Aillant ; que cependant, d'après « l'art. 22 du Code de commerce, les associés en nom collectif ne sont « solidaires pour tous les engagements de la société, lorsqu'un seul des « associés a signé, qu'autant qu'il a signé sous la raison sociale ; — Attendu, « sur le deuxième moyen, qu'il a été reconnu en fait par la Cour royale « de Dijon que les demandeurs n'ont pas prouvé que les deniers prêtés « au sieur Sassier eussent tourné au profit de la société contractée par les « sieurs Sassier et Lachaume d'Aillant. »

Les demandeurs en cassation présentaient un troisième moyen. Ils disaient : « L'art. 638 du Code de commerce suppose de plein droit contractés pour son commerce tous les billets souscrits par un commerçant, à moins qu'une autre cause n'y soit énoncée : donc, dans l'espèce, les engagements dont il s'agit doivent être réputés souscrits dans l'intérêt de la société existant entre le sieur Sassier et le sieur Lachaume, le sieur Sassier ne faisant pas d'ailleurs d'autre commerce. » Ce troisième moyen est repoussé par la Cour, comme les deux premiers (Sir., 34, 1, 237).

Un arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 mai 1834, est motivé exactement dans les mêmes termes (Sir., 34, 1, 838).

La Cour de Bordeaux, dans les *considérants* de son arrêt du 30 mai 1834, dit textuellement ceci : « Un engagement qui n'est signé que d'un seul « des associés et qui ne contient pas le nom social, ne reste une dette « étrangère à la société qu'autant qu'il n'est pas établi, d'une autre ma- « nière, qu'il a été souscrit pour le compte de cette même société ; mais, « lorsque cette preuve extrinsèque est fournie, on doit y rattacher le « caractère de solidarité, qu'il exprimerait par lui seul s'il était signé de la « raison sociale » (Sir., 34, 2, 469). Et le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation, le 19 novembre 1835 : « Attendu que, « d'après les faits déclarés constants par l'arrêt de la Cour royale de Bor- « deaux, la négociation dont il s'agit a été faite sans fraude, dans l'intérêt « et pour le compte de la société, par le liquidateur, dont les pouvoirs ne « sont pas contestés ; et qu'en en tirant la conséquence que c'était une dette « de la société, l'arrêt, loin de violer les principes, en a au contraire fait « une juste application » (Dev.-Car., 36, 1, 132).

— Par une juste et nécessaire réciprocité, la Cour de cassation admet que, lorsqu'un associé administrateur achète un immeuble, cette acquisition peut, d'après les circonstances de la cause, être réputée faite pour le compte de la société et non pour le compte personnel de l'associé, bien

Toutefois, la société ne serait-elle pas recevable à prouver que l'engagement, quoique revêtu de la raison sociale, n'intéressait que l'associé qui l'a contracté, et que, par suite, elle n'en saurait être tenue ? Cette question ne pouvait manquer de se présenter, et elle s'est, en effet, présentée en 1833. Elle a été jugée, en première instance, en appel et en cassation, en faveur du créancier :

Jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 21 mars 1833 : « Attendu qu'une société commerciale en nom « collectif a existé entre Monnet et Goguel ; que la signature « sociale et le droit d'engager la société par ladite signature ont « été attribués à chacun des associés ; que Jordis, créancier « sérieux et à titre onéreux de Goguel, a pu sans fraude ni dol « accepter de lui des valeurs souscrites de la signature Monnet « et Goguel, en l'acquit de sa créance. »

Arrêt de la Cour de Paris, du 24 avril 1834, qui confirme, adoptant les motifs des premiers juges.

Enfin arrêt de la Cour de cassation (chambre civile), du 11 mai 1836 : « Attendu qu'aux termes de l'art. 22 du Code de « commerce, la signature sociale engage solidairement tous les « associés, et qu'il suit de cette disposition que les engagements « contractés sous cette signature sont de véritables engagements « de la société ; — Qu'il est constant au procès que Goguel « avait la signature de la société Monnet et Goguel ; qu'il a pu « en disposer à l'égard des tiers, pour éteindre ses propres dettes, « sauf à en tenir compte à son co-associé ; que, si Goguel a « abusé de la signature sociale, c'est à Monnet à s'imputer « d'avoir mal placé sa confiance ; que d'ailleurs le jugement de « 1re instance, dont la Cour d'appel a adopté les motifs, déclare « Jordis créancier sérieux et légitime de Goguel, et décide qu'il « a reçu de celui-ci sans fraude et de bonne foi les effets de

qu'il n'ait contracté qu'en son nom propre et non sous la raison sociale ; que, par suite, l'immeuble n'est pas atteint par l'hypothèque légale de la femme de l'associé. Arrêt du 19 août 1846 (Dev.-Car., 47, 1, 28).

« commerce de la raison sociale en paiement de sa créan-« ce.... » (1).

La jurisprudence paraissait fixée, lorsqu'un auteur qui avait dit, dans un traité sur les sociétés : « Rien n'est plus dange-« reux, plus faux, plus contraire aux principes de la loi qui « régit les rapports de la société avec les tiers, que la doctrine

(1) Dev.-Car., 36, 1, 711. — En 1845, la Cour de cassation (chambre des requêtes) s'est prononcée dans le même sens, par un arrêt motivé un peu différemment et dont voici le texte :

« Attendu qu'il est reconnu en fait que Wurtz, débiteur de 2,250 fr. « envers la maison Meyer, et devenu postérieurement l'associé de Boitard, « donna en paiement de sa dette personnelle trois billets signés de la signa-« ture sociale ; que cette négociation fut acceptée de bonne foi par la « maison Meyer, et qu'elle n'a été incriminée que sous le rapport de « l'usage qu'aurait fait Wurtz de la signature sociale, pour une affaire qui « lui était personnelle et étrangère à la société ; — Attendu, en droit, que, « s'il est vrai qu'en se donnant réciproquement le pouvoir d'obliger la « société par la signature sociale, les associés n'ont pour objet que les « affaires de la société, il est vrai aussi que chacun des associés investis « du droit d'obliger la société est présumé, hors le cas de dol et de fraude, « avoir fait, en donnant la signature sociale, une affaire qui intéressait la « société, même en traitant avec un de ses créanciers personnels, même « en donnant un cautionnement, les affaires sociales étant en général fort « complexes et souvent très-multipliées ; c'est entre les sociétaires que « doit s'exercer le recours réciproque pour l'usage de la signature sociale « envers les tiers qui l'ont acceptée pour des affaires sérieuses, sans dol, « sans fraude et sans simulation ; — Attendu que, loin de violer l'art. 22 « du Code de commerce, la Cour royale de Bordeaux en a fait une appli-« cation littérale et d'ailleurs conforme au véritable intérêt des sociétés « commerciales, et même du commerce en général » (Dev.-Car., 45, 1, 341).

Enfin, en 1851 nous voyons encore la Cour de cassation (chambre des requêtes) statuer dans le même sens, par un arrêt motivé à peu près comme le précédent : « Attendu, dit notamment la Cour, qu'au milieu des « opérations compliquées d'une société de commerce il peut arriver sou-« vent que les associés, soit pour couvrir le crédit de l'un d'eux, étroite-« ment lié au crédit de la société, soit pour faciliter la réalisation d'une « mise sociale profitable à tous, ou pour s'assurer une collaboration per-« sonnelle indispensable, ou pour toute autre cause, aient intérêt à venir « en aide à l'un des associés ; que l'emploi de la signature sociale fait pré-« cisément présumer cet intérêt et le consentement de la société vis-à-vis « des tiers, sauf le recours contre l'associé qui, licitement ou par abus, a « tiré profit du fonds commun... » (Dev.-Car., 51, 1, 321.)

« de cet arrêt » (1), lorsque cet auteur, dis-je, fut appelé à des fonctions élevées près la Cour de cassation, au poste de procureur général. Sa présence seule était un encouragement à soulever de nouveau la question. Elle ne tarda pas à se reproduire, et le procureur général fit tous ses efforts pour ramener la Cour de cassation à son opinion (2). Il n'y réussit pas. La Cour de cassation persista à juger que l'engagement revêtu de la raison sociale ne cessait pas d'être à la charge de la société, par cela seul que la dette qu'il avait servi à acquitter était personnelle à l'associé. Cependant la Cour de cassation modifia un peu sa doctrine de 1836, d'après laquelle la raison sociale excluait toute preuve contraire : elle admit que les tribunaux auraient à examiner si le tiers avait, ou non, pu croire que la société avait un intérêt direct ou indirect à ce que la dette fût acquittée, parce que le non-paiement aurait exposé l'associé à des poursuites qui auraient altéré son crédit et, par suite, celui de la société, qui auraient peut-être amené la faillite de l'associé et entraîné la dissolution de la société. Il pourra toujours dire qu'il avait tout lieu de croire que l'associé avait de bonnes raisons pour agir ainsi, parce qu'il était, par exemple, créancier de la société.

Voici, au surplus, le texte même de cet arrêt, qui est du 24 janvier 1853 :

« Attendu qu'il résulte de l'ensemble des faits constatés par « l'arrêt que le demandeur avait une parfaite connaissance de la « nature des valeurs qu'il recevait en échange de sa créance « primitive contre Decaux; qu'il savait que ces valeurs apparte- « naient à la *caisse commerciale de l'Eure*, qu'elles étaient des- « tinées à ses opérations, et qu'elles n'en étaient détournées à « son détriment que pour avantager les créanciers personnels de « Decaux ; qu'en recevant ainsi ces valeurs au préjudice de la « société le demandeur agissait de mauvaise foi, et que c'est à

(1) M. Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. Ier, p. 246.

(2) Je ne vois pas que M. Delangle ait porté la parole à propos de la question.

« tort qu'il invoque des principes qui ne sont applicables qu'au « cas d'engagement sérieux contracté entre le gérant d'une so- « ciété et les tiers » (1).

On voit donc que le tiers aura toujours de grandes chances de se faire payer par la société ; mais je ne puis pas approuver cette modification à la jurisprudence qui avait d'abord prévalu, en ce qu'elle introduit l'incertitude et l'arbitraire dans une matière qui ne les comporte pas et dont l'art. 22 a voulu les bannir. L'arbitraire, en effet, est fâcheux, alors qu'il s'agit du crédit de la société et de l'intérêt des tiers qui ont contracté avec elle sur la foi de sa signature. L'associé qui a usé de la signature sociale dans son intérêt, n'a pas commis un excès de pouvoirs, il n'a commis qu'un abus de pouvoirs, et c'est à ceux qui les lui ont confiés à en subir les conséquences vis-à-vis des tiers. Pourquoi ont-ils mal placé leur confiance ? D'ailleurs, l'associé pourrait toujours, sans user directement de la raison sociale, arriver au même résultat, et d'une manière peut-être plus dommageable pour la société, en empruntant, en vendant, etc. Il est bien certain, du reste, que le simple fait d'avoir connu l'usage abusif que l'administrateur faisait de la raison sociale, ne constitue pas une fraude de la part du tiers, qui n'a reçu, en définitive, que ce qui lui était dû. Je crois donc qu'il faut s'en tenir à l'arrêt de 1836 (2).

(1) Dev.-Car., 53, 1, 241. — Nous voyons qu'à la même audience deux autres arrêts semblables ont été rendus.

Y a-t-il là véritablement une modification apportée par la Cour de cassation à sa jurisprudence antérieure? Je n'en suis point convaincu. En effet, dans son arrêt du 11 mai 1836, la Cour, pour permettre au tiers de s'attaquer à la société, relevait notamment la circonstance que ce tiers avait reçu de l'associé administrateur, *sans fraude et de bonne foi*, les effets de commerce de la raison sociale; dans l'arrêt de 1853, pour arriver à une décision contraire, elle relève des circonstances tout à fait différentes.

(2) Si l'arrêt de 1853 constitue réellement une dérogation au système de l'arrêt de 1836, il faut dire que la Cour de cassation est revenue en 1860 à son système primitif. En effet, dans l'arrêt du 21 février 1860, il est dit positivement que le tiers est de bonne foi par cela seul que les circonstances l'autorisent à croire que le souscripteur n'use de la signature sociale

— Je dois examiner ici deux questions :

1° L'engagement a été contracté par un associé non administrateur, mais il l'a été au nom de la société. En sera-t-elle tenue? — Oui, si elle en a profité; non, dans le cas contraire. En effet, l'engagement ayant été contracté au nom de la société, elle peut le ratifier, le faire sien en l'approuvant. Or il ne lui est pas possible de le désapprouver, de le récuser, quand elle en a profité. Il y a là de sa part une ratification implicite, mais nécessaire (1).

2° L'engagement a été contracté par un associé, administrateur ou non ; mais il a été formellement contracté au nom de cet associé, et non pas au nom de la société. Que faut-il décider ? Il n'y a pas de difficulté si la société n'en a pas profité. Mais quand elle en aura profité, ne sera-t-elle pas tenue jusqu'à concurrence du profit qu'elle en aura retiré ? Merlin décide l'affirmative, en se fondant sur la L. 82 *Pro socio*. Mais évidemment cette Loi ne s'applique qu'aux rapports entre associés (2). D'autres auteurs font intervenir ici l'action *de in rem verso*. Mais cette action n'existe pas dans notre droit, où elle a été remplacée par l'action que les créanciers peuvent exercer du chef de leur débiteur en vertu de l'art. 1166. Il n'y a donc pas à tenir compte de ces considérations. Reste le principe consacré par l'art. 1864 du Code Napoléon, d'après lequel on ne peut avoir action que contre celui avec qui on a contracté, dont on a suivi la foi (3).

pour l'acquit d'une dette à lui personnelle que du consentement de ses associés et dans l'intérêt de la société (Dev.-Car., 60, 1, 415).

(1) Voy. l'art. 1864 du Code Napoléon.

(2) *Jure societatis*, dit Papinien, *per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt*. Voy. M. Troplong, *Du contrat de société*, t. II, nos 772 et suiv.

(3) C'est l'opinion générale. Voy. notamment MM. Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 777, et Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. I, nos 232 et suiv. — La question ne doit pas être confondue avec celle qui a été traitée ci-dessus, p. 202. Dans un cas, l'associé *administrateur* ayant signé de son nom, on se demande s'il a contracté PROPRIO NOMINE ou NOMINE SOCIETATIS; dans l'autre cas, l'associé, *administrateur ou non*, a certainement contracté PROPRIO NOMINE, et il s'agit uniquement de savoir si le

La distinction présente un véritable intérêt pratique. En effet, si le tiers avait une action de son chef, la société étant solvable, il serait payé intégralement, — tandis que, quelque solvable que soit la société, du moment que l'associé est insolvable, nous disons que le tiers sera tenu de venir par contribution avec tous les créanciers de cet associé et ne recevra peut-être qu'une faible partie de ce qui lui est dû.

Je passe à la troisième partie de l'administration, aux conséquences des engagements valablement contractés pour la société.

1° Le créancier de la société a le droit, qui appartient à tout créancier à l'encontre de son débiteur, de la poursuivre, de la faire condamner au paiement de ce qu'elle lui doit; et, comme elle est engagée commercialement, de la traduire devant le tribunal de commerce et de la faire déclarer en faillite.

2° Le créancier a le droit de se faire payer sur l'actif social, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés; c'est la conséquence de la personnalité des sociétés.

3° Il a le droit de se faire payer même sur les biens personnels des associés, mais concurremment avec les créanciers particuliers de ces derniers. — Ce droit qu'ont les créanciers sociaux n'est-il pas en contradiction avec la séparation qui existe entre l'actif social et l'actif personnel des associés? La société n'est pas propriétaire des biens que les associés ne lui ont pas apportés, elle ne pourrait ni les aliéner ni les hypothéquer : comment donc peut-elle les affecter au paiement de ses dettes? Parce que les associés ont apporté dans la société leur responsabilité personnelle, qu'ils ont donné mandat aux administrateurs de les obliger, eux personnellement, en même temps que la société. Ils sont donc tenus sur tous leurs biens présents et à venir.

Il y a plus : ils sont tenus commercialement, car ils sont censés

tiers qui a suivi sa foi n'acquiert pas le droit de poursuivre aussi la société par cela seul qu'elle se trouve avoir retiré un profit quelconque de l'opération.

avoir contracté par l'entremise de leurs mandataires tous les engagements pris par la société envers les tiers. Ils pourront donc être traduits devant le tribunal de commerce et condamnés par corps. — Il y a plus encore : ils sont tous commerçants, par la raison déjà indiquée, parce qu'ils sont censés faire eux-mêmes par l'entremise de leurs mandataires toutes les opérations de la société. Le passif social est en même temps leur passif personnel, et, pour le non-paiement des dettes sociales comme pour le non-paiement de leurs dettes personnelles, ils peuvent être déclarés en faillite (1). — Enfin ils peuvent être condamnés *solidairement*. Dès lors, ils ne peuvent opposer aux créanciers sociaux, quand même la société serait solvable, le bénéfice de discussion (2) ; ni, alors même que les autres associés seraient tous solvables, le

(1) Voy. notamment l'art. 531 du Code de commerce.

(2) Il serait évidemment inique que les créanciers sociaux pussent, suivant leur seul caprice, s'attaquer d'abord au patrimoine personnel d'un associé ou au patrimoine de la société. Il est certain que ce qui forme avant tout leur gage, c'est le patrimoine social. La loi, d'ailleurs, ne dit point que les associés soient tenus solidairement avec l'être moral *société* ; son idée paraît être simplement qu'ils sont solidaires *entre eux* (comp. l'art. 2021 du Code Napoléon). J'adopte donc sur ce point la doctrine de MM. Delamarre et Lepoitvin, qui s'expriment ainsi :

« Si une commission est donnée à une société en nom collectif, et acceptée sous la raison sociale par un des associés ayant la signature, c'est la société qui se charge et répond de l'exécution, et tous les associés répondent *in solidum* de la société. — Cette double responsabilité n'est pas sans importance. Être de raison ou personne civile, la société en nom collectif ne confond pas ses biens avec ceux des associés : elle en est propriétaire exclusive. Par conséquent, ses créanciers y ont droit, de préférence aux créanciers particuliers des individus qui la composent. Mais ceux-ci répondent subsidiairement, *in solidum*, de tous les engagements de cet être de raison qu'ils ont mis en rapport avec le public. Par conséquent encore, si les biens privatifs de la société ne suffisent pas à payer les dommages-intérêts résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du mandat, le commettant a son recours vers les associés, tenus, sans division, de tout ce que la société ne paye point, mais, cette fois, en concurrence avec leurs autres créanciers. — Nous disons *subsidiairement* : car le commettant ne pourrait contraindre les associés, conjointement ou divisément, avant d'avoir épuisé les biens de la société, sa débitrice directe et principale (*sauf le cas de faillite*). A la vérité, ils sont tenus, chacun d'eux et un seul pour tous, de ce que la société est dans l'impuissance de payer; mais ce n'est pas

bénéfice de division (1). Chacun d'eux est tenu pour le tout comme s'il était seul débiteur (2).

On voit combien sont grands les risques auxquels sont soumis les associés en nom collectif, et combien sont graves à leur égard les conséquences des engagements sociaux, qui sont en même temps leurs engagements personnels.

Aussi s'est-on demandé si l'on ne pourrait pas, par une clause de l'acte de société qui serait dûment publiée, s'affranchir de cette solidarité. Cette question a de l'analogie avec celle, que j'ai examinée un peu plus haut, de savoir si l'on pourrait convenir que la société ne contracterait qu'au comptant, et si cette clause, en supposant qu'elle eût été publiée, serait obligatoire pour les tiers. Mais ici il y a plus de difficulté : car il ne s'agit que d'un retour au droit commun, d'après lequel les engagements sont personnels, mais non solidaires. Toutefois, il faut dire que la solidarité est de l'essence des sociétés en nom collectif, ainsi nommées à raison de cette solidarité, qui fait que tous

comme codébiteurs solidaires de l'être de raison qui les représente : ils en sont seulement tenus *in solidum*. D'où la conséquence qu'on ne peut les contraindre, par saisie de leurs personnes ou de leurs biens personnels, qu'après épuisement de l'avoir social. Tel est le sens de notre art. 22, lorsqu'il dit que les associés en nom collectif *sont solidaires pour tous les engagements de la société*. — Mais il n'en résulte pas la nécessité de plusieurs jugements. Celui qui est prononcé contre la raison sociale englobe tous les associés, et s'exécute contre eux, le cas échéant, sans qu'il soit besoin d'aucune autre condamnation » (*Traité de droit commercial*, t. III, n° 26).

Voy., dans le même sens, M. Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. 1er, n° 130. — Suivant M. Molinier (*Traité de droit commercial*, t. 1er, n° 354), « les créanciers de la société ne sont pas tenus de discuter les biens de la société avant toutes poursuites contre les associés ; il suffit qu'ils aient réclamé leur paiement au domicile social. » — La Cour de cassation a jugé, le 14 août 1858, qu'au cas de commandite l'associé en nom ne peut être poursuivi individuellement par les créanciers sociaux qu'après que la société a été condamnée dans la personne de son gérant ou de son liquidateur (Dev.-Car., 59, 1,332).

(1) Voy. l'art. 1203 du Code Napoléon.

(2) Déjà en droit romain les associés étaient tenus *in solidum* dans le cas de la *societas argentaria* (*Ad Herennium*, II, 13), de la société formée pour faire le commerce des esclaves (Paul, L. 44 § 1, Dig., *De ædil. Edicto*) et probablement aussi de la société *vectigalis*.

les associés n'en forment qu'un en quelque sorte. Elle est présupposée par la raison sociale. Enfin, le contrat qui se forme entre la société et les tiers est réglé par la loi seule, et les associés ne peuvent y introduire des clauses que la loi n'autorise pas; ils ne peuvent changer ni modifier la constitution de la société dans ses rapports avec les tiers, tels qu'ils résultent de l'art. 43 et de la raison sociale. Or, la solidarité en est un des éléments essentiels; c'est un principe d'ordre public auquel les associés ne peuvent porter atteinte, car elle intéresse les tiers : elle est nécessaire à leur sécurité, en même temps qu'à la prospérité de la société.

Seulement, quand les associés contracteront avec un tiers, rien ne les empêchera de stipuler qu'ils seront tenus personnellement, mais non solidairement. Il ne s'agit pas là d'un changement apporté à l'organisation, à la constitution de la société, dans ses rapports avec les tiers; il s'agit simplement d'un pacte isolé, particulier, accidentel, qui ne relève que de la convention, et qui est très-valable : car il n'affecte en rien l'existence de la société, les garanties qu'elle offre aux tiers, lesquels sont toujours libres, en contractant, de renoncer, si bon leur semble, à l'une de ces garanties pour le contrat qu'ils forment.

La solidarité ne doit-elle pas être restreinte aux associés dont les noms figurent dans la raison sociale? C'est pour empêcher qu'on n'élevât cette prétention que l'art. 22 a dit : « indiqués dans l'acte de société. » — Mais ne faut-il pas conclure de ces expressions que, s'il n'avait pas été fait d'acte de société, il n'y aurait pas de solidarité? Assurément non : car je viens d'indiquer l'objet de ces expressions. D'ailleurs, il est impossible d'admettre que les associés qui, en ne faisant pas d'acte, ont contrevenu à la loi, seraient tenus moins rigoureusement que s'ils s'y étaient conformés.

Enfin, il faut bien remarquer que la solidarité n'est relative qu'aux rapports des associés avec les tiers; qu'elle ne saurait exister dans les rapports respectifs des associés, où tout doit se régler de bonne foi et conformément au contrat intervenu entre

eux (1). Aussi l'art. 22 n'attache-t-il la solidarité qu'aux engagements contractés sous la raison sociale (2).

2° SOCIÉTÉS EN COMMANDITE.

Voyons d'abord quelle est la raison d'être de cette deuxième espèce de sociétés commerciales.

Les sociétés en nom collectif ne sont accessibles qu'à ceux qui veulent être commerçants. Donc, la classe tout entière des non-commerçants en est exclue; et, parmi les commerçants eux-mêmes, il s'en trouvera bien peu qui aient assez de confiance les uns dans les autres pour se mettre dans les rapports que suppose la société en nom collectif, pour se soumettre à la responsabilité personnelle et solidaire de tous les engagements sociaux. Il fallait donc chercher une autre combinaison, qui, ayant les avantages de la société en nom collectif, n'en eût pas les inconvénients. L'avantage de cette forme, c'est de procurer à la société un très-grand crédit : car le crédit de chacun est en raison

(1) C'est l'application du droit commun. Voy. les art. 1213 et 1214 du Code Napoléon.

(2) Trouvons-nous dans la pratique anglaise quelque chose d'analogue à nos sociétés en nom collectif ? Oui, leurs caractères principaux se rencontrent dans les sociétés non enregistrées, dans les simples *partnerships*. Ainsi, en principe, chacun des associés a pouvoir à l'effet d'administrer les affaires sociales et d'obliger la société; de plus, les associés sont tous responsables solidairement et indéfiniment, et ce, nonobstant toutes conventions contraires qui auraient été arrêtées entre eux. D'un autre côté, on n'exige pas une *raison sociale*; et, en cas de procès avec des tiers, ce sont les associés eux-mêmes qui sont en cause. On n'exige pas non plus que la société soit prouvée par écrit et rendue publique. Seulement, s'il avait été convenu que la société ne pourra être engagée que par tel ou tels de ses membres, cette clause, pour être opposable aux tiers, devrait avoir reçu une publicité convenable.

Voy., pour plus de détails, l'ouvrage récemment publié par M. Colfavru, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 82 et suiv.

des garanties qu'il offre, et les garanties que présente la société en nom collectif sont aussi grandes que possible. Son inconvénient, c'est de ne pouvoir réunir qu'un petit nombre d'associés : car elle ne convient qu'à des personnes qui veulent faire le commerce et qui ont, les unes dans les autres, une confiance illimitée comme leur responsabilité, ce qui ne se rencontrera que dans des cas assez rares.

Voilà pourquoi on a imaginé un autre genre de sociétés, qui diffèrent des sociétés en nom collectif, en ce que, au lieu d'être fondées sur un seul principe, comme ces sociétés, elles sont fondées sur deux principes différents et même opposés, le principe de la responsabilité personnelle et le principe de l'irresponsabilité personnelle, — ce qui fait que cette espèce de société jouira du crédit qui s'attache à la responsabilité personnelle, et qu'elle sera accessible aux non-commerçants, ainsi qu'aux commerçants qui ne voudraient engager que leurs fonds et non leur responsabilité personnelle. C'est là le grand avantage de la commandite (1). Dans cette société, il y a deux éléments distincts, des personnes et des choses, — deux classes d'associés, des associés responsables et des associés irresponsables. C'est pourquoi l'art. 23 a défini la société en commandite en ces termes :

« La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs

(1) « L'origine des sociétés en commandite remonte aux usages maritimes du moyen âge. Les monuments qui nous ont transmis le droit des XIII^e^ et XIV^e^ siècles offrent, presque tous, des règles nombreuses relatives à un contrat désigné sous le nom de COMMANDE, *comanda*, *accomanda*, *accomandita*, et qui consistait à confier à un marchand ou à un marin un capital en espèces ou en marchandises pour le faire fructifier, dans les Échelles qu'il parcourait, par des trocs ou autres négociations, moyennant une part des bénéfices. (Les marchands qui voulaient s'épargner le soin de voyager avec leurs marchandises les confiaient à des tiers : de là l'expression COMMANDE, du latin *commendare*, confier, déposer.) Celui qui livrait ainsi des valeurs ne figurait pas dans les diverses négociations faites avec les tiers, et se trouvait affranchi de toute responsabilité en abandonnant le fonds de la commande... Du reste, la *commande* n'établissait point, en général, les parties en société ; elle ne constituait qu'une espèce particulière de *commission*, appelée aujourd'hui *vente à profit commun* ou *contrat de pacotille*. » M. MOLINIER, *Traité de droit commercial*, n° 485.

« associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés « simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* « ou *associés en commandite*. — Elle est régie sous un nom social, « qui doit être nécessairement celui d'un ou de plusieurs des « associés responsables et solidaires. »

Responsables et solidaires, voilà le premier élément ; *simples bailleurs de fonds,* voilà le second. — Il résulte de là que, s'il y a plusieurs associés en nom et des commanditaires en plus ou moins grand nombre, il y aura, quant aux associés en nom, une véritable société en nom collectif, et, quant aux commanditaires, une société en commandite. Il y aura donc alors deux sociétés réunies, et conservant chacune, malgré cette réunion, le caractère qui lui est propre. C'est ce que dit l'art. 24 :

« Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit « que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent « pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à « leur égard, et société en commandite à l'égard des simples « bailleurs de fonds. »

S'il n'y a qu'un associé en nom et un ou plusieurs commanditaires, il n'y aura pas alors deux sociétés ; mais il y aura toujours deux principes, le principe de la responsabilité personnelle, et celui de la responsabilité limitée, restreinte ou impersonnelle.

De ce que dans toute société en commandite il y a la responsabilité personnelle, il faut tirer la conséquence qu'il doit y avoir, comme dans la société en nom collectif, une *raison sociale :* il faut que la nature toute personnelle de l'un des éléments de la société, de celui qui en est l'élément principal, soit manifestée par un signe apparent, visible, par un symbole, et ce symbole c'est la raison sociale (art. 23, *in fine*). Seulement, dans la société en nom collectif, où tous les associés sont responsables, elle peut se composer du nom de tous les associés, — tandis que, dans la société en commandite, elle ne peut comprendre le nom d'un associé irresponsable ; le nom d'un commanditaire ne saurait y figurer. C'est ce qui n'avait pas besoin d'être dit, et ce qui est surabondamment énoncé dans l'art. 25.

Ainsi, dans toute société en commandite, comme dans toute société en nom collectif, nécessité d'une raison sociale. C'est là une innovation des rédacteurs du Code de commerce, et il faut s'y arrêter un moment, car elle a des conséquences assez graves, notamment quant à l'engagement que prennent les commanditaires de faire un apport dans la société, et lorsqu'il s'agit de savoir s'ils prennent cet engagement envers la société seulement ou envers la société et les tiers. Avant 1673, la commandite n'était qu'un contrat ordinaire, dont le législateur n'avait pas à s'occuper spécialement; elle était régie par la convention seule. L'Ordonnance de 1673 l'éleva de l'état de simple contrat au rang de personne : elle lui conféra ce caractère, mais timidement et incomplétement, car sous cette Ordonnance la commandite n'avait pas de raison sociale; aujourd'hui, au contraire, elle ne diffère en rien à cet égard de la société en nom collectif. Le Code de commerce a complété l'organisation de la commandite; il l'a établie sur ses véritables bases, et lui a donné, comme nous le verrons, une publicité qu'elle ne recevait pas dans l'ancien droit (1).

—Reste à voir, en détail, quels sont les avantages spéciaux de la commandite. Il résulte déjà des explications qui précèdent que le principal avantage de la commandite, c'est d'être accessible à un plus grand nombre de personnes que la société en nom collectif, de l'être aux commerçants et aux non-commerçants, qui peuvent également y mettre leurs fonds, et de réunir ainsi une plus grande masse de capitaux. Mais il faut bien comprendre à quelle classe de personnes et de quelle manière elle est plus spécialement utile. D'abord, la commandite offre l'alliance de l'industrie et du capital. L'homme qui a fait une découverte importante, qui a inventé un procédé nouveau, ne pourrait pas, s'il manquait de fonds, en tirer parti, l'exploiter; eh bien, il se procurera les ressources qui lui font défaut, en s'adjoignant des commandi-

(1) En effet, l'art. 42 mentionne les sociétés en commandite aussi bien que les sociétés en nom collectif.

taires, qui lui fourniront des fonds afin d'avoir part aux bénéfices qu'il fera, et en ne courant d'autres risques que de perdre la somme ainsi fournie.

En sens inverse, la commandite est l'alliance du capital et du crédit. Et ici il faut distinguer plusieurs classes de personnes :

Il y a, en effet, certaines personnes auxquelles il est interdit de faire le commerce et même des opérations de commerce. Ces personnes pourront faire fructifier leurs fonds en les mettant dans des sociétés en commandite.

En deuxième lieu, les propriétaires qui ne veulent pas être commerçants et n'ont pas l'aptitude nécessaire pour cela, qui ne veulent pas courir les chances du commerce, seront assez disposés à mettre une certaine portion de leurs capitaux dans les commandites, afin de les voir s'augmenter, au risque de les perdre. Il n'y a d'autres moyens pour ces propriétaires d'accroître leur fortune que cette sorte de placement.

Troisièmement, il y a les spéculateurs qui, sans vouloir être commerçants, ou bien l'étant déjà, seront portés à mettre dans les commandites tous les fonds dont ils peuvent disposer, afin de s'assurer des chances illimitées de bénéfice en ne courant que des chances limitées de perte.

Il y a une dernière catégorie de personnes qui apporteront leur concours, si je puis m'exprimer ainsi, aux sociétés en commandite comme aux sociétés en nom collectif : ce sont celles dont la fortune, au point de vue commercial, consiste principalement dans leur crédit. Elles l'apporteront volontiers dans une société en commandite, et ce sera pour ces sociétés un moyen d'action de plus.

Elles réuniront donc trois éléments divers : l'industrie, le capital, le crédit, éléments dont la réunion formera, en quelque sorte, un puissant levier, — tandis que, séparés, isolés, ils seraient sans force et ne pourraient subvenir à aucune entreprise importante.

Ces avantages existaient dans l'ancien droit comme aujourd'hui. Mais ils sont aujourd'hui plus saillants, mieux assurés et

plus complets, parce que le Code de commerce a amélioré le régime des commandites, les a affranchies de difficultés et d'entraves qui en ralentissaient la marche et nuisaient à leur développement. — De plus, les rédacteurs de notre Code de commerce ont posé le principe d'une commandite nouvelle (art. 38), la commandite *par actions*, qui a laissé bien loin derrière elle la commandite ancienne, et a permis de réaliser des entreprises dont anciennement on n'aurait pas même pu avoir l'idée. Mais ils n'avaient pas organisé cette commandite ; c'était une lacune fâcheuse, et elle a été comblée par une loi récente, celle du 17 juillet 1856, qui a maintenu les bases de la commandite, telles que les rédacteurs du Code les avaient posées, mais qui les a complétées par des dispositions nouvelles que j'expliquerai prochainement.

Nous avons vu quels sont les principaux avantages de la commandite : ils dérivent tous de ce que dans cette société il y a deux principes distincts qui lui servent de bases, le principe de la responsabilité personnelle et le principe de l'irresponsabilité personnelle ou de la responsabilité purement matérielle. La limitation de la responsabilité au montant des apports est attachée de plein droit à la qualité de commanditaire, elle n'a pas besoin d'être stipulée. Il en était autrement, à ce qu'il paraît, dans l'ancien droit. L'art. 8 du Titre IV de l'Ordonnance de 1673 portait, en effet, que les commanditaires seraient obligés jusqu'à concurrence de leur part. De là, sans doute, il résultait que leur responsabilité n'était pas solidaire ; mais il en résultait aussi qu'elle n'était pas limitée à leur apport : elle était proportionnelle à la part qu'ils avaient dans les bénéfices, à leur intérêt dans la société, et, dans cette limite, elle était personnelle, par conséquent indéfinie. Ils avaient droit à une quote part des bénéfices, ils devaient contribuer pour une quote part au paiement des dettes, et ils étaient tenus pour cette quote part personnellement. Mais ils pouvaient stipuler qu'ils ne seraient tenus que jusqu'à concurrence de leur mise. Voici, à cet égard, comment s'exprime Savary :

« Si pourtant il était dit dans l'acte de société en comman-
« dite que celui qui portera, par exemple, 30,000 livres, ne
« pourra perdre que jusqu'à concurrence de ladite somme, et ne
« sera point obligé aux dettes de la société, à quelque somme
« qu'elles puissent monter, il ne perdra que les 30,000 livres
« qu'il aura mises dans ladite société. C'est pourquoi les mar-
« chands et autres personnes qui feraient des sociétés en com-
« mandite, doivent bien prendre garde de mettre toujours cette
« clause dans l'acte, *qu'ils ne seront tenus à aucune dette de la*
« *société*, et *qu'en cas de perte, ils ne pourront perdre que jusqu'à*
« *la concurrence des sommes qu'ils y auront mises* » (1).

Ce que Savary conseillait aux commanditaires de mettre dans l'acte de société, les rédacteurs du Code de commerce l'ont mis dans la loi. Dans l'art. 23, ils ont soigneusement distingué les associés *responsables et solidaires*, et les associés *simples bailleurs de fonds ;* et dans l'article 26, ils ont dit :

« L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à
« concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la so-
« ciété. »

Ces articles s'expriment tout autrement que l'Ordonnance. Aujourd'hui, donc, l'irresponsabilité n'a pas besoin d'être stipulée : c'est un privilége, une prérogative attachée à la qualité de commanditaire.

Mais, il ne faut pas s'y tromper, bien que les associés commanditaires ne soient tenus que sur leur mise, la société en commandite n'en a pas moins ce caractère de contrat personnel que j'ai signalé comme un de ceux qui distinguent la société des autres contrats à titre onéreux. Ce caractère se rencontre dans la société civile, dans la société en nom collectif et dans la société en commandite. Il existe, soit dans les rapports des commanditaires entre eux, soit dans les rapports des associés en nom et des commanditaires. C'est la considération des personnes qui est la cause déterminante de cette société, comme de la société

(1) *Parfait négociant*, partie II, livre 3, chap. 1er, p. 367.

en nom collectif : elles ne diffèrent en rien à cet égard. Il faut donc distinguer. Dans les rapports des commanditaires et des tiers, la mise remplace la personne des commanditaires, la personne s'efface derrière la mise. Au contraire, dans les rapports des associés entre eux, bien que la responsabilité soit également limitée à la mise des commanditaires, le contrat n'en est pas moins entre tous les associés fondé sur la considération des personnes : dès lors, la société se dissoudra par la mort, la faillite ou l'interdiction de l'un des associés, fût-ce un commanditaire, — et aucun des associés, pas plus les commanditaires que les associés en nom, ne pourra, par sa seule volonté, céder à un tiers sa place dans la société, car ce remplacement aurait pour effet d'établir entre ce tiers et les autres associés, qui ne l'ont pas choisi et agréé, des rapports contraires au caractère personnel de la société. Mais aujourd'hui on peut, en constituant la commandite sous la forme de commandite par actions, effacer à l'égard des commanditaires le caractère personnel qui s'y attache.

Occupons-nous maintenant des conditions requises pour constituer la commandite.

Pour la commandite, comme pour la société en nom collectif, il faut une *raison sociale* : car la commandite est fondée sur le principe de la responsabilité personnelle, qui y est dominant, bien qu'il y soit combiné avec le principe de l'irresponsabilité personnelle. C'est là une innovation, et une innovation heureuse. Sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, la commandite n'avait pas de raison sociale ; c'était le commandité, appelé alors *complimentaire* (1), qui agissait en son propre et privé nom. A cet égard, la commandite se ressentait de son état antérieur et avait plutôt l'apparence d'un simple contrat que celle d'une personne

(1) « Celui qui représente la société en commandite et qui lui donne son nom s'appelle *complimentaire*, parce qu'il fait les honneurs de la maison » (Gautier, *Études de jurisprudence commerciale*, p. 99).

morale. Aujourd'hui, la commandite a été assimilée, à cet égard, comme elle devait l'être, à la société en nom collectif : elle a, comme elle, une raison sociale (art. 23 *in fine*), — mais avec cette différence que, dans la société en nom collectif, on peut faire entrer dans la raison sociale les noms de tous les associés indifféremment, tandis que, quand la société est en commandite, on ne peut y faire entrer que les noms des associés responsables : le nom d'un commanditaire ne saurait y figurer, attendu que le commanditaire n'apporte pas dans la société sa responsabilité, son crédit : la société ne peut donc pas offrir aux tiers le nom de cet associé, car ce serait leur offrir sa responsabilité, son crédit. Aussi l'art. 25 dit-il :

« Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de « la raison sociale. »

Et si, au mépris de cette disposition, on avait inséré dans la raison sociale le nom d'un commanditaire, celui-ci ne pourrait plus se prévaloir de cette qualité contre les tiers ; il serait soumis à la même responsabilité que les associés en nom (1).

(1) C'était déjà la doctrine de Casaregis. — Du reste, écoutons sur ce point M. Delangle : « Un associé qui, tout en prenant dans la convention le titre de commanditaire, se réserve la gestion, encourt la solidarité : personne n'en doute. Il n'en peut pas être autrement de celui qui, détruisant volontairement la qualité qu'il s'est donnée, autorise les associés gérants à signer de son nom les engagements sociaux : car il est réputé présent aux actes de gestion et contracter avec les tiers.

« Lorsque la loi commerciale a défendu que le nom des commanditaires fît partie de la raison sociale, elle s'est déterminée par ce motif que les éléments responsables de l'exploitation devaient seuls être placés en face des tiers, afin que chacun pût, en connaissance de cause, décider s'il fallait ou non accorder confiance à la société qui se formait. La raison sociale résume la solvabilité collective ; elle est l'image abrégée, mais complète, des garanties promises aux créanciers sociaux. Or, que devient la prohibition si la raison sociale peut impunément n'être pas sincère ? si elle est susceptible d'un alliage, qui s'en sépare au détriment des tiers ? si enfin des considérations, tirées de l'ignorance ou de la bonne foi du commanditaire, du défaut de concours direct à la gestion, de la volonté constante de ne pas renoncer aux prérogatives de sa position, peuvent servir d'excuse à la violation de la loi ?...

« C'est mal interpréter le silence de la loi que d'en inférer qu'elle n'a pas

— Je passe aux conditions de forme.

La première est la rédaction d'un acte (C. de comm., art. 39). La complication des rapports entre associés, complication plus grande encore dans la commandite que dans la société en nom collectif, ne permettait pas d'admettre la preuve testimoniale. D'ailleurs, la rédaction d'un acte était la conséquence indirecte, mais forcée, de la publicité imposée aux sociétés commerciales, publicité qui ne serait pas possible sans la rédaction d'un acte.

Faudra-t-il autant d'originaux qu'il y aura de commanditaires et de commandités? C'est ce qui paraît résulter de l'art. 39. Mais je crois qu'il suffira de deux originaux, l'un pour les commandités, l'autre pour les commanditaires : car, en réalité, il n'y a que deux parties contractantes, ou, pour mieux dire, deux intérêts distincts, celui de l'élément commandité et celui de l'élément commanditaire. Il suffira donc d'un double pour chacun de ces deux éléments. Il en sera de ce cas comme de celui où il y aurait plusieurs vendeurs et plusieurs acheteurs d'une même chose : il suffirait d'un seul original pour tous les vendeurs, et d'un autre original pour tous les acheteurs. En effet, il n'y a ici que deux intérêts distincts, celui des acheteurs et celui des vendeurs : tous les vendeurs ont le même intérêt par opposition aux acheteurs, et réciproquement (1).

entendu que la solidarité fût la conséquence nécessaire de l'infraction prévue par l'art. 25. Quand la loi laisse aux actes leurs effets légaux, elle n'a pas besoin de s'expliquer. Ce n'est que dans le cas où on aurait voulu refuser aux créanciers la solidarité, qu'une disposition formelle était indispensable : les dérogations au droit commun ne se présument point » (*Des sociétés commerciales*, t. 1er, nos 338 et suiv.).

Voy., dans le même sens, M. Molinier, no 487, et M. Bédarride, t. 1er, no 185.

(1) Je ne puis pas admettre ici l'opinion de M. Bravard, d'après laquelle il suffirait d'un original pour tous les commandités et d'un autre original pour tous les commanditaires. D'abord elle est contraire au texte de la loi, en ce qui concerne les commandités : car l'art. 24 dit positivement qu'il y a société en nom collectif à leur égard ; or, quand on veut constater par un acte sous seing privé une société en nom collectif, il est parfaitement certain qu'il faut faire autant d'originaux qu'il y a d'associés. Même en ce

La seconde condition de forme exigée pour la commandite, c'est la publication. Elle est exigée par des raisons générales et par des raisons spéciales. Nous connaissons les raisons générales qui ont fait exiger la rédaction d'un acte et sa publication pour toutes les sociétés commerciales (1). Quant aux raisons spéciales, elles avaient déjà été indiquées dans l'ancien droit par Savary. Il faisait remarquer, en effet, qu'à défaut de publication, les tiers seraient souvent dans l'impossibilité de forcer le commanditaire à verser sa mise, s'il s'entendait avec le commandité ; que le commanditaire pourrait même, en s'entendant avec le commandité, se faire passer pour créancier des sommes qu'il aurait versées et, par suite, en cas d'insuffisance de l'actif, se présenter

qui concerne les commanditaires, je ne puis pas, avec MM. Pardessus et Molinier, admettre pour eux une règle différente de celle que j'admets pour les commandités, et les considérer comme n'ayant point l'un par rapport à l'autre un intérêt distinct. Loin de là, il me semble que, par le contrat même qu'il s'agit de constater, chacun des commanditaires devient créancier et débiteur de chacun des autres : cela est évident lorsqu'ils ne versent pas immédiatement leurs mises, mais qu'ils promettent seulement de les verser. Cela existe également, dès qu'on reconnaît que les commanditaires peuvent participer, dans une mesure quelconque, aux délibérations concernant les affaires sociales : car c'est le contrat qui donne à chacun le droit de voter et qui par conséquent soumet chacun à l'obligation de laisser voter les autres. Cela existe encore, et dans tous les cas, en ce sens que chacun acquiert le droit de réclamer une certaine part dans les bénéfices provenant du fonds commun : il est manifeste qu'en exerçant cette réclamation il pourra se trouver en conflit avec les différents associés, aussi bien avec les autres commanditaires qu'avec les commandités, et que, pour vider ce conflit, il pourra être dans la nécessité d'invoquer les clauses de l'acte de société.

La comparaison que fait M. Bravard entre la société en commandite et la vente consentie par plusieurs ou à plusieurs n'est rien moins que fondée : car ce n'est point le contrat même de vente qui peut obliger le vendeur envers son co-vendeur, l'acheteur envers son co-acheteur.

La Cour de cassation a jugé, en 1830, qu'il suffit de deux originaux, *l'un pour les gérants, l'autre pour leurs associés commanditaires*. Dans l'espèce, il y avait cela de particulier que l'acte sous seing privé avait été déposé chez un notaire, et que chaque associé avait eu la possibilité d'en retirer une expédition. Cette décision est donc plutôt favorable que contraire à la doctrine que je défends ici.

En faveur de cette doctrine, voy. aussi M. Alauzet, t. 1er, nº 215.

(1) Voy. ci-dessus, p. 185.

concurremment avec les créanciers. Cependant, dans l'ancien droit, on n'exigeait de publication qu'autant que les commanditaires étaient *des commerçants :* quand parmi eux il y avait des non-commerçants, on ne faisait pas de publication, parce que c'eût été enlever à la commandite son principal avantage, qui est d'assurer le secret aux commanditaires, et la priver ainsi de son plus grand attrait.

Il y avait là, en effet, une difficulté, que Savary avait très-bien fait ressortir, mais sans pouvoir cependant la résoudre. Voici comment il s'exprimait : « La seule raison que l'on peut « alléguer pour soutenir que les sociétés en commandite qui « seront faites entre autres personnes que celles de marchands « à marchands, ne doivent point être enregistrées en la juridic- « tion consulaire ou autres juridictions, et insérées dans le ta- « bleau qui sera exposé en lieu public, est que ce serait un « moyen pour abolir l'usage des sociétés en commandite, en ce « que ceux qui ne seraient point de profession mercantile ne « voudraient pas que l'on sût qu'ils fussent associés avec des « marchands, que leur nom fût exposé en lieu public.....

« Il est vrai que cette raison est considérable, et que ce qui a « été dit ci-dessus pourrait faire naître quelque scrupule dans « l'esprit de ceux qui voudraient faire des sociétés en com- « mandite ; de sorte qu'il faut mieux laisser les choses à leur « égard dans le même état qu'elles étaient auparavant l'Ordon- « nance, afin que cela ne puisse pas empêcher les personnes de « qualité d'entrer dans des sociétés en commandite, puisqu'elles « sont si avantageuses à l'État et au public » (1).

Les rédacteurs du Code de commerce ont su concilier l'intérêt général et l'intérêt particulier, en décidant que dans tous les cas il faudrait une publication, mais qu'on ne publierait jamais les noms des commanditaires, qu'on se bornerait à publier le montant de leurs apports (2).

(1) *Parfait négociant*, p. 367.
(2) Voy. l'art. 43 et les explications qui vont suivre.

Qui sera chargé de faire la publication? L'art. 44 l'indique. Si l'acte est authentique, ce sera le notaire qui l'aura reçu. S'il est sous signature privée, ce seront les associés en nom; on ne pouvait en charger les commanditaires, puisque, d'une part, ce ne sont pas eux qui représentent la société, et que, d'autre part, on ne pouvait pas les obliger à se faire connaître, c'eût été mettre de côté le principe de la commandite.

De quelle manière fera-t-on la publication de l'extrait? De la même manière que quand la société est en nom collectif. A cet égard, je me réfère à ce que j'ai dit précédemment (1).

Sur quoi portera la publication? Sur ce qu'il importe aux tiers de connaître, et sur ce qu'on peut leur faire connaître sans aller contre le principe de la commandite. C'est par la publication de l'extrait que se formera le contrat entre les tiers et la société; l'extrait devra donc contenir :

1° L'indication de la raison sociale, qui est le nom et la signature de la société : car c'est, évidemment, la première chose qu'il importe aux tiers de connaître ;

2° Le nom des administrateurs : car eux seuls ont qualité pour obliger la société ;

3° Les sommes ou valeurs promises ou apportées par les commanditaires : car, à l'égard des tiers, la société se compose de leurs *mises* et non pas de leurs *personnes*. Quand même ils auraient simplement *promis* de mettre une somme ou une valeur en société, on ne serait pas tenu de les faire connaître, il suffirait d'énoncer ce qu'ils ont promis d'apporter, parce que leur personne, ou plutôt leur responsabilité personnelle, resterait toujours en dehors de la société; au moyen de cette énonciation, les tiers seraient suffisamment avertis de la nature de l'apport et ne pourraient être induits en erreur. Mais il faudra indiquer le nom des associés responsables, et il ne sera pas nécessaire de faire mention de leur apport : car, à leur égard, la société est une société de crédit, puisqu'ils sont tenus sur tous leurs biens des

(1) Voy., ci-dessus, p. 186 et suiv.

engagements de la société; c'est leur personne, et non pas leur mise, qui est un des éléments de la société : leur mise n'est qu'une partie du fonds social.

4° Il faut indiquer l'époque à laquelle la société doit commencer et celle où elle doit finir: car, avant la première et après la dernière de ces deux époques, elle ne peut s'obliger envers les tiers.

Voilà comment la société en commandite doit être constatée et publiée. Reste à savoir quelles seraient, à l'égard des tiers, les conséquences du défaut de publication : ferait il dégénérer les commanditaires en associés responsables? C'est ce qu'on a quelquefois soutenu. « L'irresponsabilité des commanditaires, a-t-on dit, étant une exception au droit commun, ne peut être admise qu'autant que toutes les formalités prescrites ont été remplies. » Cette considération n'est pas très-grave, à mes yeux : car ce qui serait contraire au droit commun, ce serait que le commanditaire qui aurait géré, contracté, fût affranchi de la responsabilité personnelle; mais, quand il n'a point participé aux opérations sociales, qu'il y est resté étranger, on ne voit pas comment, d'après le droit commun, il pourrait être responsable d'engagements qu'il n'a pas contractés et qui ont été formés par d'autres, auxquels il avait simplement donné mandat d'engager sa mise.

On pourrait, il est vrai, faire une objection plus spécieuse, et dire que le défaut de formalités, surtout de publication, prive les tiers d'une garantie nécessaire à leur sécurité, et que la responsabilité personnelle des commanditaires doit naturellement remplacer cette garantie. Mais raisonner ainsi, ce serait aller au-delà des termes et de l'esprit de la loi. La fraude ne se présume pas, et on ne peut l'induire du simple défaut de publication; on le peut d'autant moins que ce défaut de publication n'est pas imputable aux commanditaires, car ce ne sont pas eux qui sont tenus de faire la publication. D'ailleurs, la loi, dans l'art. 42, se borne à prononcer la nullité à l'égard des tiers.

Les tiers pourront, suivant leur intérêt, faire considérer la société comme nulle ou comme valable : car ils peuvent opposer

le défaut de publication aux associés, qui ne peuvent pas le leur opposer. Ils pourront donc, quoique la société n'ait pas été publiée, agir comme si elle avait été publiée : ils auront les mêmes droits. Mais ils ne pourront pas la dénaturer, la transformer en une société autre que celle que les associés ont entendu former. En un mot, à leur égard la société est telle qu'elle aurait été si la publication avait été faite, elle ne change ni de nature ni de caractère. Pourvu que les commanditaires n'aient rien fait d'incompatible avec cette qualité, ils la conservent dans toute sa plénitude : en effet, la loi (art. 28) n'attache qu'à la gestion la responsabilité personnelle du commanditaire (1).

J'ai maintenant à expliquer l'administration des sociétés en commandite.

Une donnée commune à ces sociétés, aux sociétés en nom

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation (chambre des requêtes), le 28 février 1859 :

« Considérant qu'il n'est pas contesté que la convention sous signatures « privées des 22-25 février 1852 était sérieuse et de bonne foi, et qu'elle a « été loyalement exécutée; que le sieur Charles Thurneyssen a constam- « ment agi en son nom personnel et traité sous l'unique foi de son propre « crédit, — tandis qu'au contraire le sieur Auguste Thurneyssen, dont « rien ne révélait la participation aux opérations commerciales, est « demeuré entièrement étranger à leur gestion, et n'a pris envers qui que « ce soit aucun engagement direct ou indirect; — Considérant, à la vérité, « que cet acte n'a été ni enregistré ni publié, et qu'aux termes de l'art. 42 « du Code de commerce toute partie intéressée pouvait en demander la « nullité, mais que cette nullité ne pouvait avoir pour résultat de trans- « former en société en nom collectif la société en commandite formée par « le contrat; que ce contrat pouvait être accepté ou repoussé pour le tout, « et que les demandeurs ne peuvent être admis à l'invoquer pour établir « l'existence de la société et à le repousser quand il s'agit de qualifier cette « société; — Que, sans doute, si cette société avait été révélée aux tiers, « ceux-ci auraient pu se dire trompés par l'apparence d'une société de fait, « que l'invocation d'un acte demeuré secret n'aurait pu restreindre dans « les limites d'une société en commandite; mais qu'il n'en a pas été « ainsi, et qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que ce n'est qu'après l'ou- « verture de la faillite du sieur Charles Thurneyssen que l'acte des « 22-25 février 1852 a fait connaître que le sieur Auguste Thurneyssen « s'était engagé à fournir une commandite... » (Dev.-Car., 60, 1, 157.)

collectif et à toutes les espèces de sociétés, c'est qu'étant des personnes purement juridiques, n'ayant qu'une existence d'abstraction, elles ne peuvent s'administrer elles-mêmes. Il faut donc pourvoir à leur administration, nommer des administrateurs qui les représentent, qui agissent pour elles et en leur nom.

Voyons donc comment sera organisée l'administration des sociétés en commandite, et à qui elle sera confiée.

Pour les sociétés en commandite, comme pour les sociétés en nom collectif (1), il faut qu'il y ait des administrateurs nommés par l'acte même de société; il faut qu'ils soient indiqués dans l'extrait destiné à être publié. Les art. 42 et 43 ne font à cet égard aucune distinction entre la société en commandite et la société en nom collectif. — Il suit de là que les gérants de la commandite seront irrévocables, puisque leur nomination sera une des conditions de la société et se fera par l'acte même qui la constitue.

Dès lors, ils ne pourront pas être entravés dans leur administration par des oppositions qui seraient formées à leurs actes. Leur qualité d'administrateurs ne peut leur être retirée, ni pour le tout, ni pour partie. Ce sont des mandataires, mais qui jouissent du privilége de l'irrévocabilité.

Toutefois, ne pourrait-on pas stipuler dans l'acte de société qu'il sera loisible de révoquer le gérant de la commandite par une délibération, prise à la majorité, ou aux deux tiers, ou aux trois quarts des voix? Cette clause est quelquefois insérée dans les actes de société; est-elle valable? Nullement : car elle aurait pour effet de faire prédominer l'élément purement matériel sur l'élément personnel, l'élément irresponsable sur l'élément responsable, de soumettre les personnes aux choses, — tandis que la prédominance appartient nécessairement à l'élément personnel et responsable. Elle altérerait donc la société dans son essence, en intervertissant l'ordre, le rang qui appartient à chacun des éléments qui la composent; elle ferait dégénérer la

(1) Voy., ci-dessus, p. 197.

société en commandite en une espèce de société anonyme déguisée. Il faut, dans la commandite, que chacun des deux éléments qui la composent se renferme dans les limites qui lui sont tracées, et aussi que l'un ne soit pas à la discrétion de l'autre, — sans quoi la société n'aurait qu'une apparence mensongère, une existence précaire. Elle ne saurait même exister dans de semblables circonstances : car il y aurait absence de la première condition requise pour tous les contrats, *absence du lien de droit* (1).

(1) Cette opinion de M. Bravard ne me paraît pas suffisamment justifiée, et je ne puis la partager. La jurisprudence s'est aussi prononcée en sens contraire. Voici notamment un jugement arbitral, dont les motifs, confirmés par la Cour de Paris le 11 novembre 1848, méritent d'être reproduits ici :

« Attendu que, d'après l'art. 18 du Code de commerce, le contrat de « société est régi par le droit civil, par les lois particulières au commerce « et par les conventions des parties; — Attendu que, d'après les principes « du droit civil (art. 1856), l'associé chargé d'administrer est un manda- « taire; que, lorsque son mandat lui est donné par les statuts, il n'est révo- « cable, à la différence du mandat ordinaire, que pour des causes légitimes; « — Attendu que cette exception aux règles du mandat est fondée sur la « présomption que l'attribution de la gérance à une personne déterminée « a pu être pour lui et pour les autres associés une condition déterminante « de l'existence du contrat; — Attendu que cette présomption disparaît « lorsque les parties ont pris soin de manifester l'intention contraire; que « rien ne s'oppose à ce que, par une convention formelle librement « stipulée et acceptée, et que la loi autorise par cela seul qu'elle ne l'in- « terdit pas, le mandat de gérant rentre dans la classe des mandats ordi- « naires, essentiellement révocables par le seul effet de la volonté des « mandants; qu'une pareille convention ne blesse ni l'ordre public ni les « bonnes mœurs, et ne porte atteinte à aucun des principes qui régissent « le contrat de société en général;

« Attendu qu'on ne trouve dans les lois particulières au commerce aucune « dérogation expresse à ces règles du droit civil; que leur confirmation « peut, au contraire, s'induire implicitement de l'art. 46 du Code de com- « merce, qui reconnaît la possibilité, en remplissant certaines formalités, « de changements ou retraites d'associés, de changements à la raison « sociale, et qui ne fait aucune distinction entre les changements ou retraites « volontaires ou forcés; — Attendu spécialement que la faculté de révo- « cation du gérant par la seule volonté de la majorité des associés ne peut « porter atteinte à l'essence des sociétés en commandite; qu'elle laisse « subsister dans sa force et dans son étendue le principe de la personnifi- « cation de la société dans le gérant désigné, tant qu'il est maintenu dans

Mais le gérant, bien qu'irrévocable, n'en est pas moins responsable de ses actes envers les commanditaires ; et, s'il excède ses pouvoirs, s'il commet des fraudes ou des fautes graves, sa destitution peut être demandée en justice, et ses actes peuvent être frappés d'opposition pour les mêmes causes. Il n'y a rien là de contradictoire : car ce n'est pas par la volonté des commanditaires que le gérant est forcé de résigner ses fonctions, c'est par son propre fait, par suite d'abus dont il ne saurait décliner la responsabilité ni même stipuler l'irresponsabilité (1).

« ses fonctions ; — Que la révocation est toujours suivie de la nomination « d'un nouveau gérant, rendue publique par les moyens légaux, ou de la « dissolution de la société ; — Que la responsabilité de l'associé-gérant, à « l'égard des tiers, est complète pour tout le temps de son administration ; « — Attendu que la clause de révocabilité du gérant n'est pas contraire au « principe qui défend aux actionnaires de s'immiscer dans la gestion ; que, « dans son application légitime, elle n'excède pas les bornes de l'influence « que les commanditaires doivent nécessairement avoir sur l'adoption du « système général d'après lequel l'opération est conduite ; — Que, s'il « n'est pas impossible qu'il en résulte une action illégitime sur la gérance, « la possibilité de l'abus ne peut pas être une raison suffisante pour « déclarer nulle une disposition essentielle du pacte social ; — Qu'au sur- « plus, pour le cas où le commanditaire sort du rôle que la loi lui trace, il « est déclaré associé collectif, ce qui suffit pour garantir les intérêts de « tous... » (Dev.-Car., 48, 2, 687).

Nous verrons plus loin que la Cour de Paris, par un arrêt du 5 juillet 1859, a fait application de la même doctrine dans un cas où il s'agissait d'une commandite par actions et où la faculté pour les actionnaires de révoquer le gérant n'avait même pas fait l'objet d'une clause spéciale de l'acte de société.

(1) Nous supposons ici que l'acte social est muet sur la révocation du gérant, ou, ce qui revient au même, qu'il se borne à dire que la révocation aura lieu pour les causes déterminées par la loi. Alors les commanditaires peuvent-ils faire prononcer la révocation du gérant pour cause de dol ou de mauvaise administration? L'affirmative, enseignée par M. Bravard, est également consacrée par la Cour de Paris, dans son arrêt du 28 février 1850 : « Considérant que la révocation du gérant d'une société est admise par la « loi toutes les fois qu'il existe une cause légitime (art. 1856 du Code civil), « et que ce principe général s'applique à toute espèce de société, puisqu'il « n'y a été dérogé à l'égard d'aucune de celles reconnues par la loi ; — Con- « sidérant que, dans l'espèce particulière, les statuts de la société, qui font « la loi des parties, ont prévu cette révocation, en stipulant expressément « qu'elle aurait lieu pour les causes déterminées par la loi ; — Considérant

Seulement, comme nous le verrons, la destitution du gérant entraînerait la dissolution de la société : car la société serait privée par là d'un de ses éléments essentiels, indispensables (1).

Quand il y a plusieurs associés en nom, ils peuvent être appelés tous à la gestion ; mais, quand il n'y en a qu'un seul, on ne peut prendre que lui pour administrateur : car, comme nous allons le

« qu'à défaut de la loi et de la convention cette révocation devrait encore « être admise; qu'on ne peut, en effet, raisonnablement vouloir que des « associés soient forcés de laisser l'administration et la disposition de la « chose commune à un gérant incapable ou même infidèle... » (Dev.-Car., 50, 2, 447).

Voici maintenant une question qui présente un certain rapport avec les deux questions qui viennent d'être examinées, mais qu'il faut cependant soigneusement distinguer de l'une et de l'autre: Peut-on valablement convenir, dans les statuts d'une société en commandite, que les commanditaires en assemblée générale pourront prononcer la révocation des gérants dans des cas déterminés, par exemple en constatant des actes d'infidélité dans la gestion? La Cour de cassation a eu à examiner la validité d'une pareille clause dans une espèce où il s'agissait d'une commandite par actions ; mais les motifs de son arrêt (9 mai 1859) s'appliquent évidemment à la commandite en général. « Attendu, dit la Cour, qu'aux termes de l'art. 21 des statuts, le droit « de prononcer la révocation des gérants pour négligence ou fautes graves, « capables de compromettre l'existence de la société, a été remis à l'as- « semblée générale des actionnaires; que l'arrêt attaqué n'a fait qu'une « juste application de cet article, en prononçant la révocation de Sailly de « ses fonctions de gérant....

« Attendu que les juges du fond, interprétant les stipulations de l'acte de « société, ont reconnu que la volonté des associés de ne pas recourir aux « tribunaux pour la révocation des gérants avait été manifestée expressé- « ment par les dispositions des statuts auxquels Sailly avait librement con- « senti; — Attendu que la clause par laquelle a été réservé à l'assemblée « générale le droit de prononcer la révocation des gérants salariés n'a rien « d'illicite; que la société, en confiant à deux de ses membres le mandat « d'administrer, pouvait également se réserver le droit de révoquer ce « mandat pour des causes légitimes; que cette stipulation, qui n'est qu'une « mesure d'administration intérieure, n'intéresse en aucune manière la com- « pétence des tribunaux et l'organisation des juridictions; qu'elle ne peut « davantage être envisagée comme un compromis sur des contestations « éventuelles et indéterminées, et en faveur d'arbitres non désignés, comme « violant, par conséquent, l'art. 1006 du Code de procédure... » (Dev.-Car., 60, 1, 442).

(1) Je fais remarquer dès à présent que le contraire est décidé par l'arrêt de la Cour de Paris, du 28 février 1850, que j'ai cité un peu plus haut.

voir, les commanditaires doivent rester complétement étrangers à la gestion.

Il s'est élevé, touchant le caractère légal et juridique des administrateurs d'une société en commandite, touchant la nature de leurs pouvoirs, une question sur laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation a varié : il s'agit de savoir si l'art. 408 du Code pénal, qui punit de peines correctionnelles l'abus de confiance, est applicable aux gérants d'une société en commandite (1).

En 1842, la Cour de cassation s'était prononcée dans le sens de la négative. Il lui avait semblé que le gérant d'une commandite, étant le représentant, la personnification de la société, devait être considéré plutôt comme *propriétaire* que comme *mandataire*, et que, dès lors, les détournements par lui commis ne pourraient donner lieu qu'à des dommages et intérêts, parce qu'il n'y avait pas de sa part détournement de choses reçues à titre de mandat. Elle n'avait pas voulu voir un mandataire dans un administrateur qui est irrévocable, et qui se trouve, au moins quand il n'y a qu'un seul associé en nom, appelé nécessairement à l'administration (2).

(1) Voici le texte du premier paragraphe de cet art. 408, tel qu'il a été établi par la loi du 28 avril 1832 : « Quiconque aura détourné ou dissipé, « au préjudice des propriétaires, possesseurs ou détenteurs, des effets, de- « niers, marchandises, billets, quittances, ou tous autres écrits contenant ou « opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à titre « de louage, de dépôt, de mandat, ou pour un travail salarié ou non salarié, « à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un « emploi déterminé, sera puni des peines portées en l'art. 406. »

(2) Arrêt de cassation de la Chambre criminelle, du 15 janvier 1842 : « Attendu que les dispositions pénales ne peuvent jamais être, sous pré- « texte d'analogie, étendues d'un cas à un autre; — Que, par suite de ce « principe, l'art. 408 du Code pénal ne doit être appliqué qu'aux détourne- « ments commis par violation des contrats qui y sont spécifiés; — Attendu « que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être considéré « légalement comme son mandataire ; qu'en effet les pouvoirs établis par « l'acte même de société font partie des conventions réciproques sous la « foi desquelles l'association s'est formée; qu'ils ne peuvent être révoqués « que pour cause légitime ; qu'ils ne sont pas exercés au nom d'un mandant

Mais cette jurisprudence, qui compromettait les intérêts de tous ceux qui avaient des fonds dans les sociétés en commandite, n'était pas moins contraire aux principes du droit qu'à la nature même des choses : car, si le gérant représente la société, c'est évidemment en qualité de *mandataire*. Peu importe que ce mandat doive être donné par l'acte de société, ne puisse être conféré à nul autre qu'à lui quand il est seul associé en nom : il n'en existe pas moins. C'est donc comme mandataire que le gérant représente la société, agit en son nom, exerce ses actions, détient le fonds social, et par suite, il est évidemment passible des peines portées par l'art. 408 du Code pénal quand il détourne à son profit les choses ou valeurs sociales. L'art. 43 du Code de commerce ne peut laisser aucun doute à cet égard : car il dit, pour la commandite comme pour la société en nom collectif, que l'extrait doit contenir la désignation de ceux des associés autorisés à gérer, à administrer et à signer pour la société; or, qu'est-ce que cette autorisation, sinon un mandat ?

Aussi la Cour de cassation est-elle revenue sur sa jurisprudence; et, par deux arrêts identiques, rendus le 8 août 1845, ainsi que par un troisième, rendu le 10 décembre 1858, elle a jugé, non-seulement que l'art. 408 du Code pénal est applicable aux gérants de la commandite, mais encore qu'il appartient aux Cours d'appel de décider souverainement si les faits reprochés aux gérants constituent ou non un détournement, un abus de confiance (1).

« et dans un intérêt étranger à celui qui les exerce; que, sous tous les rap-
« ports, ils diffèrent essentiellement des pouvoirs qui résultent d'un con-
« trat de mandat; — Que dès lors, si ce gérant détourne les fonds apparte-
« nant à la société, pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de
« ses fonctions ne rentre pas dans les termes de l'art. 408, puisque ce n'est
« pas à titre de mandat que ces fonds lui ont été remis » (Dev.-Car., 42, 1, 362).

(1) Arrêt de rejet de la Chambre criminelle, du 8 août 1845 : « Attendu, en
« droit, que le contrat de société n'exclut pas la stipulation d'un mandat;
« — Que le même acte qui établit une société et détermine les droits des
« associés, peut aussi contenir les pouvoirs conférés à l'un des contractants
« pour la gestion et l'administration de la chose mise en société et pour la

Voilà le rôle qui appartient aux associés en nom dans l'administration de la commandite.

— Occupons-nous maintenant des commanditaires. Quelle

« direction des intérêts communs; — Que, spécialement dans la société en « commandite, les associés responsables et solidaires sont investis par leurs « co-intéressés du pouvoir de gérer, administrer et signer pour la société; « — Que ceux des associés auxquels ce pouvoir est attribué doivent être « désignés dans l'extrait de l'acte de société qui est remis au greffe du tri- « bunal de commerce et publié conformément aux art. 42 et 43; qu'ils « sont constitués par là mandataires de leurs co-associés et que les valeurs « appartenant à la société leur sont remises à titre de mandat;

« Attendu que, si le mandat ainsi contracté est modifié sous divers rap- « ports, à raison de son concours avec le contrat de société, notamment « s'il ne peut pas être révoqué sans cause légitime, il n'entraîne pas moins « comme l'une de ses conséquences l'obligation pour le mandataire de se « renfermer dans les limites de son mandat, d'en rendre compte, et d'être « passible, en cas de fraude, des poursuites autorisées et des peines pro- « noncées par la loi contre le mandataire infidèle;

« Et attendu, en fait, que l'arrêt attaqué a reconnu et déclaré qu'il résulte « de l'instruction et des débats la preuve que C. J. a, dans le cours des « années 1838 et 1839, détourné, au préjudice de la société... dont il était « le gérant salarié, diverses sommes qui ne lui avaient été remises qu'à la « charge de les représenter ou d'en faire un emploi déterminé; que ces « diverses sommes ont été détournées *frauduleusement* par C. J. et appli- « quées à ses affaires personnelles et au paiement de ses dettes; — Que ces « faits, dont la constatation rentrait dans les attributions souveraines de la « Cour royale, présentent tous les caractères du délit d'abus de confiance « tels qu'ils sont déterminés par l'art. 408 du Code pénal..... » (Dev.-Car., 46, 1, 59).

Arrêt de rejet de la Chambre criminelle, du 10 décembre 1858 : « At- « tendu qu'il résulte des constatations du jugement de Clermont-Ferrand et « de l'arrêt de la Cour impériale de Riom, que Lamy, dans le but de don- « ner aux billets d'A. et B. une valeur qu'ils n'auraient pas pu avoir sans « cela, en a accepté la négociation comme gérant, les a ensuite endossés de « la signature sociale, et les a négociés lui-même en cet état à des tiers qui « en ont fourni les fonds;..... — Attendu qu'il résulte, en outre, du juge- « ment et de l'arrêt combinés, que cette opération ne présentait que les « apparences d'une opération d'escompte, laquelle avait pour but de mas- « quer, au profit personnel de Lamy et au préjudice des actionnaires, les « détournements de sommes et de valeurs qui ne lui avaient été confiées « qu'en sa qualité de gérant et pour un emploi déterminé; que la signature « dont il abusait n'était donc de sa part qu'un moyen d'assurer le succès de « la fraude, et non l'exercice d'un droit qu'il tenait de sa qualité de gérant; « — Attendu, en conséquence, que, les constatations de fait relevées par le

sera leur position par rapport à l'administration de la commandite ?

Le rôle des commanditaires est un rôle de surveillance, d'observation, un rôle passif, — tandis que celui des associés en nom, qui peuvent seuls être appelés à la gérance, est un rôle d'action, d'initiative. L'intervention des commanditaires dans la gestion est incompatible avec leur irresponsabilité personnelle. Aussi l'art. 27 leur interdit-il non-seulement la gérance, mais même des actes isolés de gestion. En cela, le Code de commerce a été plus loin qu'on n'allait sous l'Ordonnance : on permettait alors aux commanditaires de faire des actes isolés de gestion.

Sur quoi est fondée cette défense absolue adressée aux commanditaires ?

Sur deux ordres de motifs : les uns de droit, les autres d'utilité pratique.

En droit, là où est la responsabilité, là doit être l'action; là où est l'irresponsabilité, là doit être l'abstention. C'est un principe de droit public, qui trouve ici son application. Les associés en nom, étant seuls responsables, doivent avoir la direction de la société ; les commanditaires, étant irresponsables, doivent s'en abstenir, y demeurer étrangers.

En fait, la participation des commanditaires à la gestion aurait les inconvénients les plus graves. Des gérants qui ne courraient d'autres risques que de perdre la somme, peut-être modique, qu'ils ont pu mettre dans la société, seraient des gérants peu portés à la prudence : ils résisteraient difficilement à la tentation d'augmenter leurs chances de bénéfices, en augmentant les risques, et ils lanceraient la société dans une

« jugement et par l'arrêt renfermant tous les caractères du délit d'abus de « confiance, le détournement frauduleux, l'appropriation des valeurs et le « préjudice causé, il y a lieu sur ce chef de rejeter le pourvoi... » (*Journal du dr. crim.*, par M. Ach. Morin, 1859, p. 130).

Parmi les auteurs, M. Bédarride (*Des sociétés*, t. Ier, nos 210 et suiv.) soutient avec force que l'art. 408 du Code pénal n'est pas applicable au gérant. Du reste, bien que son ouvrage porte la date de 1857, l'honorable jurisconsulte paraît n'avoir pas eu connaissance des arrêts du 8 août 1845.

voie périlleuse et où, tôt ou tard, elle trouverait inévitablement sa ruine. La participation des commanditaires à la gestion serait donc dommageable pour les créanciers sociaux, dont ils compromettraient le gage par la témérité de leurs actes, — dommageable pour leurs co-associés, dont ils risqueraient imprudemment les fonds, — dommageable, enfin, pour le commerce en général, que des spéculations hasardeuses, des entreprises téméraires, troublent et démoralisent.

C'est donc avec raison que le Code de commerce a voulu que les commanditaires restassent en dehors de l'administration, qu'ils n'y prissent aucune part; et la prohibition de gérer faite aux commanditaires est un des principes fondamentaux de la commandite. Aussi cette prohibition a-t-elle été maintenue par la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions. — Elle n'admet donc pas d'exceptions; elle doit être rigoureusement appliquée : car elle n'est pas fondée seulement sur des considérations d'intérêt privé, mais encore sur des considérations d'intérêt général et d'ordre public.

Mais les commanditaires pourraient-ils au moins servir d'intermédiaires à des actes de gestion que le gérant voudrait faire par leur entremise? Sera-t-il interdit au gérant, s'il sait que l'un des commanditaires a une aptitude spéciale pour telle ou telle opération qu'il se propose de faire, d'utiliser l'habileté du commanditaire en lui donnant sa procuration, et en le chargeant de faire cette opération au nom de lui, gérant? Ce ne serait pas là faire un acte de gestion, à proprement parler : car le commanditaire n'agirait pas en son nom. L'acte qu'il ferait ainsi ne serait pas le sien, mais celui du gérant, puisque, d'après les principes de notre droit, ce qui est fait par le mandataire est censé fait par le mandant (1). Si donc la loi s'était bornée à dire que les commanditaires ne pourraient faire aucun acte de gestion, il n'en serait pas résulté qu'ils ne pourraient pas jouer le rôle de man-

(1) Voy. les art. 1984 et 1998 du Code Napoléon. Comp. les art. 91 et 92 du Code de commerce.

dataires des gérants : car les actes qu'ils auraient faits en cette qualité n'auraient point constitué de leur part des actes de gestion. D'ailleurs, les tiers n'auraient pu être induits en erreur, puisque les commanditaires n'auraient pas agi en leur nom, mais seulement au nom du gérant, auquel ils auraient simplement prêté leur entremise, et les tiers auraient suivi la foi du gérant seul.

Sans doute, les principes du droit auraient amené à cette conséquence. Mais c'est précisément pour cela que les rédacteurs du Code de commerce, allant au-devant de cette objection, ont étendu plus loin la prohibition. En effet, l'expérience avait démontré combien il était dangereux de permettre aux commanditaires de prêter leur entremise aux gérants pour des actes de gestion. Dans l'ancien droit, où cela leur était permis, on avait vu des spéculateurs aventureux agir sous le nom et comme mandataires du gérant qu'ils avaient placé à la tête de la société, et diriger réellement la société comme fondés de pouvoirs de ce gérant, espèce d'éditeur responsable qui assumait seul la responsabilité des engagements contractés au nom de la société; puis, quand il survenait une déclaration de faillite, les véritables directeurs de la société, ceux qui l'avaient poussée à sa ruine, en étaient quittes pour abandonner le gérant ostensible, homme sans solvabilité, sans consistance, aux poursuites des créanciers et au déshonneur d'une banqueroute désastreuse. C'est pour empêcher ce genre d'abus, qui avait produit des scandales dans l'ancien régime, que les rédacteurs du Code de commerce, après avoir défendu aux commanditaires de faire aucun acte de gestion, ont ajouté, dans l'art. 27, qu'ils ne pourraient être employés pour les affaires de la société, même *en vertu de procuration,* c'est-à-dire qu'ils ne pourraient même pas servir d'intermédiaires à des actes de gestion que le gérant les chargerait de faire en son nom, — parce que ce serait un moyen indirect, pour les commanditaires, de s'attribuer la gestion, de l'attirer à eux (1).

(1) Cette disposition n'existait pas dans le projet primitif; les observa-

Les expressions de la loi sont, comme on voit, très-générales; cependant il ne faut pas s'en exagérer la portée. Il y a des auteurs qui en ont conclu qu'un commanditaire ne pourrait, sans compromettre sa qualité, occuper un emploi quelconque qui lui serait conféré par la société, être employé par elle comme caissier, teneur de livres, expéditionnaire (1). C'est aller trop loin. En quoi un employé de ce genre peut-il usurper indirectement la gérance, influer sur la direction des affaires de la société? Son rôle, ainsi restreint, n'offre aucun des dangers que la loi s'est proposé de prévenir : il n'est donc pas possible d'étendre jusque-là sa prohibition.

C'est à tort qu'on argumente en ce sens des termes de l'art. 27, qui ne sont pas aussi généraux qu'ils le paraissent au premier abord. Cet article, en effet, ne dit pas qu'un commanditaire ne peut *être employé par la société*. S'il s'exprimait ainsi, on serait, jusqu'à un certain point, en droit de conclure qu'il ne peut, comme on le prétend, être caissier, teneur de livres, etc. Il dit, au contraire, qu'un commanditaire ne peut être employé *pour les affaires de la société*. Pour ses affaires, c'est-à-dire, pour ses opérations avec les tiers, pour son commerce, pour les actes qui le constituent. Si ces expressions, *pour les affaires de la société*, pouvaient laisser subsister quelque doute, il serait levé par les mots suivants : « *même en vertu de procuration*, » qui indiquent clairement qu'il s'agit là de ces sortes d'affaires pour lesquelles on se fait représenter par des fondés de pouvoirs, pour lesquelles on a recours à des procurations en forme, — en un mot, qu'il s'agit des rapports de la société avec les tiers, de son commerce, de ce qui constitue ses opérations. Eut-on jamais l'idée de donner une procuration à un teneur de livres, à un expéditionnaire, à un simple employé? Le texte de la loi, sainement entendu,

tions des tribunaux montrèrent qu'il y avait là une lacune. Le Code hollandais et le Code espagnol contiennent des dispositions semblables. Voy. M. Molinier, n° 506.

(1) Voy. notamment MM. Malpeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, p. 151 ; M. Delangle, t. 1er, nos 398 et suiv.

interprété d'après toutes ses expressions, rapprochées et combinées, ne comporte pas l'extension dont il s'agit (1).

Si le commanditaire ne peut être employé en vertu d'une procuration, c'est dans les rapports de la société avec les tiers. Mais faut-il reconnaître aux commanditaires, pourvu qu'ils ne se mettent pas en rapport avec les tiers, pourvu qu'ils se renferment dans l'intérieur de la société, la faculté de faire toute espèce d'actes? C'est ce que soutiennent beaucoup d'auteurs, c'est ce que la Cour de cassation paraît avoir jugé par un arrêt du 22 mai 1860. Il résulterait de cet arrêt qu'il n'y aurait rien d'incompatible entre la qualité de commanditaire et des stipulations qui permettraient au commanditaire de diriger les gérants, d'autoriser, de prescrire, de prohiber tel ou tel acte, en un mot, de se substituer aux gérants, pourvu qu'il ne parût pas, que son action fût occulte et non apparente, quoique très-réelle et très-active (2).

(1) Voy. en ce sens un excellent article publié par M. Duvergier dans la *Revue étrangère et française de législation*, t. IX (1842), p. 425 et suiv. Voy. aussi M. Troplong, *Des sociétés*, t. 1er, nos 435 et 436. — La Cour de cassation, par arrêt du 15 mars 1847, a également reconnu que l'art. 27 n'interdit pas au commanditaire d'agir en qualité de commis du gérant (Dev.-Car., 47, 1, 353).

La Cour de cassation est allée bien plus loin, en décidant, par arrêt du 17 janvier 1855, qu'un commanditaire peut valablement promettre et fournir à la société une collaboration qui n'engage vis-à-vis des tiers que le nom social, sans laisser jamais croire qu'il stipule comme associé solidaire et sans appeler leur confiance en considération de sa solvabilité personnelle (Dev.-Car., 55, 1, 90). Mais n'avons-nous pas là tous les caractères de la procuration dont parle l'art. 27? La Cour semble avoir prévu l'objection : car elle relève cette circonstance que, dans l'espèce, l'entremise du commanditaire n'avait été employée qu'une seule fois.

(2) Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 22 mai 1860 (arrêt de rejet de la chambre des requêtes), il ne s'agissait pas d'un simple commanditaire; il s'agissait des membres d'un conseil de surveillance placé par les statuts auprès du gérant d'une société en commandite. La Cour décide qu'ils ne peuvent pas être déclarés personnellement responsables des opérations de la société, lors même qu'ils ont pris part à l'administration, s'il n'apparaît pas que cette immixtion dans l'administration se soit révélée aux tiers. Du reste, les distinctions faites par l'arrêt relativement aux membres du conseil de surveillance devraient évidemment être appliquées au simple commanditaire :

« Considérant, dit la Cour, que le pourvoi ne reproche aux défendeurs

Je ne saurais admettre ce système. Il m'est impossible de concevoir comment un commanditaire pourrait, d'une part, être déclaré responsable parce qu'il aurait prêté son entremise au gérant, agi au nom et par procuration de ce dernier, et, d'autre part, conserver le bénéfice de sa qualité, quoiqu'il dirigeât réellement la société et que le gérant ne pût agir que sous son influence! Ce serait contradictoire, c'est inadmissible. Ce système est diamétralement contraire au texte et à l'esprit de la loi. Au texte : car l'art. 27 ne distingue pas entre les actes de gestion

« aucun fait personnel d'immixtion accompli en dehors ou contrairement « aux statuts, qu'il prétend uniquement faire sortir cette immixtion de l'ob- « servation même des statuts; — Que ces statuts n'attribuent aux com- « manditaires que des pouvoirs d'administration intérieure, n'organisent « que des mesures de surveillance destinées à prémunir la commandite « contre les écarts de la gestion;

« Considérant qu'il y a lieu de distinguer entre les actes extérieurs, qui « mettent les associés en contact avec les tiers et font présumer à ceux-ci « une participation directe et personnelle du crédit des associés qui se « montrent à eux, et les actes intérieurs, qui ne promettent aux tiers rien « de plus que ce que leur apporte l'engagement du gérant, et qui se bor- « nent à autoriser, à prescrire ou à prohiber certains actes de celui-ci..... » (*Revue pratique*, t. x, p. 159).

La Cour de cassation s'était déjà prononcée dans le même sens par deux arrêts,— l'un, de la chambre des requêtes, du 29 juin 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 483),— l'autre, de la chambre civile, du 24 mai 1859 (Dev.-Car., 59, 1, 918).

M. Duvergier, dans l'article que j'ai précédemment cité, paraît également admettre cette distinction entre *les actes extérieurs* et *les actes intérieurs*. « Sans doute, dit-il, c'est lorsque les commanditaires se mettent en présence « des tiers, c'est lorsqu'ils leur donnent lieu de croire qu'ils sont associés « solidaires, que leur qualité peut être compromise. — Mais qu'est-ce que « se mettre en présence des tiers ? Suffit-il qu'au vu et su des tiers les « commanditaires soient entrés dans la maison où est établi le siége de la « société, qu'ils aient écrit sur les registres ou fait tel ou tel acte de ser- « vice intérieur ? Non, et par une bonne raison; c'est parce que tout cela « n'a pas donné lieu de penser que les commanditaires étaient gérants. « Les chefs d'une maison de commerce se font connaître en apposant leur « signature au bas des lettres ou des billets, en concluant des marchés, « en donnant des quittances, en opérant des achats ou des ventes. Tant « qu'un commanditaire n'a pas fait un de ces actes, il me paraît impossi- « ble de dire qu'il a fait des actes de gestion. » — Voy. aussi le deuxième article publié par M. Duvergier dans le t. IX de la *Revue étrangère et française*, p. 731 et suiv.

intérieure et ceux de gestion extérieure. A l'esprit de la loi : car l'influence du commanditaire, pour n'être pas apparente, n'en serait pas moins dangereuse. Elle le serait même plus, parce que le commanditaire, n'étant pas connu, agissant en quelque sorte sous le couvert de l'anonyme, serait affranchi de la réserve qu'impose toujours une responsabilité authentique, ostensible et avouée. Je ne puis donc pas me ranger à l'avis de la Cour de cassation.

Mais il est des actes qui seront toujours permis aux commanditaires. Ce sont les actes de surveillance, qui constituent pour eux un droit et même un devoir (1).

En résumé, l'art. 27 contient deux prohibitions, dont l'une, celle relative aux actes de gestion, est conforme au droit commun, aux règles générales du droit; l'autre, celle qui a pour but d'empêcher les commanditaires d'agir en vertu de la procuration du gérant, est contraire à ces règles, mais nécessitée par des abus qui s'étaient produits dans l'ancien droit et dont il fallait empêcher le retour.

Maintenant que nous connaissons le rôle qui appartient dans la société aux commandités et aux commanditaires, qui représentent, les uns, l'élément responsable, les autres, l'élément irresponsable, voyons comment ces éléments vont se mettre en rapport avec les tiers.

Ils s'y mettront par l'entremise des gérants.

Supposons qu'un engagement a été valablement contracté par le représentant de la société : quels seront les droits du créancier, tant contre la société que contre les associés? — Il aura contre la société le droit de la poursuivre directement dans la personne du gérant, de la poursuivre devant la juridiction commerciale, de la faire déclarer en faillite, et de se faire payer sur

(1) Ainsi, par exemple, les commanditaires peuvent vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. Comp. l'art. 8 de la loi du 17 juillet 1856.

l'actif social, de préférence à tous les créanciers particuliers des associés. Il aura, de plus, contre le gérant personnellement, et contre chacun des associés en nom, les mêmes droits que si la société était en nom collectif. Je puis donc me référer à ce que j'ai dit à cet égard (1).

Mais aura-t-il contre les commanditaires quelque droit, quelque action à exercer?

A cet égard, il faut faire plusieurs distinctions. Si les commanditaires ont versé leurs mises, ils sont à l'abri de toute action, soit de la part des tiers, soit de la part des commandités. Mais, s'ils sont encore débiteurs de leurs mises ou d'une partie, pourront-ils être actionnés directement par les tiers, ou ne pourront-ils l'être que du chef des commandités?

D'abord, quel est l'intérêt de cette question?

Elle avait avant 1856 un intérêt de plus qu'aujourd'hui : car, avant cette époque, les contestations entre associés devaient être jugées par des arbitres (2), tandis que celles qui pouvaient s'élever entre les tiers et les associés étaient de la compétence du tribunal de commerce. En 1856, on a supprimé l'arbitrage forcé en matière de sociétés, et attribué au tribunal de commerce la connaissance des contestations entre associés, quels qu'ils soient, commanditaires ou autres, — de sorte qu'aujourd'hui, en ce qui concerne la compétence, la distinction entre l'action directe et l'action indirecte est sans intérêt : c'est toujours devant le tribunal de commerce que l'action, qu'elle soit directe ou indirecte, devra être intentée (3).

Mais l'intérêt de la question existe à d'autres égards.

(1) Voy. ci-dessus, p. 209 et suiv.

(2) Voy. les art. 51 et suiv. du Code de commerce.

(3) Je tiens cette dernière proposition pour parfaitement exacte, même en supposant que le commanditaire n'est point commerçant. Mais elle me paraît difficile à concilier avec ce que M. Bravard dit un peu plus loin au sujet de la contrainte par corps : si l'on admet que le commanditaire comme tel n'est point contraignable par corps, la logique ne nous force-t-elle pas à dire que c'est devant le tribunal *civil* qu'il doit être poursuivi en paiement de sa mise? Voy. *infra*, p. 245 et suiv.

En effet, si l'action est directe, aucune exception ne pourra être opposée aux créanciers du chef des gérants, tandis que, si elle est indirecte, les créanciers seront passibles des mêmes exceptions que ces derniers. — On peut aussi conclure de ce que les commanditaires seraient engagés envers les tiers que ceux-ci pourraient les faire condamner par corps pour versement de leur mise, tandis qu'ils ne seraient pas soumis à cette voie d'exécution s'ils n'étaient engagés qu'envers les commandités.

Dans l'ancien droit, tous les auteurs s'accordaient à refuser aux créanciers l'action directe contre les commanditaires (1). Il n'en pouvait être autrement, puisqu'à cette époque, comme je l'ai fait remarquer précédemment, la commandite n'avait pas de raison sociale, le commandité agissait en son propre et privé nom; la commandite, lorsque parmi les commanditaires se trouvaient des non-commerçants, était même affranchie de toute condition de publicité. On décidait donc, à bon droit, que les tiers ne pouvaient avoir d'action directe contre les commanditaires, même en versement de leur mise. Les commanditaires ne s'engageaient qu'envers les commandités, et nullement envers les tiers.

Aujourd'hui en est-il encore de même? Evidemment non! En effet, sur les deux points que je viens d'indiquer, l'ancien droit a été modifié, et ces modifications doivent amener une décision contraire à celle que l'on donnait autrefois. Aujourd'hui, la commandite a, comme la société en nom collectif, une raison sociale : c'est elle-même qui, sous sa raison sociale, se met en rapports avec les tiers. Aujourd'hui, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas parmi les commanditaires des non-commerçants, la commandite doit toujours être publiée par extrait, et l'on doit toujours indiquer dans l'extrait les sommes non-seulement fournies, mais à fournir par les commanditaires, et jamais leurs noms : les sommes pro-

(1) Voy. notamment Pothier, *Société*, nos 63 et 102. Voy. aussi M. Troplong, t. II, no 803.

mises font donc partie du contrat qui se forme entre les tiers et la société ; elles sont donc offertes aux tiers comme leur gage, et ils ont de leur chef une action pour en réclamer le versement. Ils ne seront donc passibles d'aucune exception du chef du commandité. C'est, ce me semble, la conséquence forcée de la constitution actuelle de la commandite. Aussi la jurisprudence est-elle à peu près fixée dans ce sens (1).

(1) La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur la question en 1844 (arrêt de rejet de la Chambre civile, du 28 février 1844). Voici comment sa décision est motivée :

« Attendu que, d'après l'art. 23 § 2 du Code de commerce, la société en « commandite ne peut exister que sous une raison sociale ; — Que, d'après « l'art. 42, elle doit être publiée par extrait de l'acte constitutif, tout « comme la société en nom collectif, et que l'extrait rendu public doit, « selon l'art. 43, indiquer le montant des valeurs fournies ou à fournir par « les associés commanditaires ; — Attendu que les tiers qui traitent avec « la société sont censés suivre, non-seulement la foi personnelle des « associés responsables et solidaires, mais encore celle des capitaux enga- « gés à titre de commandite ; — Qu'un tel contrat renferme virtuellement « de la part des commanditaires, auxquels tout acte de gestion est interdit, « un mandat donné aux associés gérants de les obliger envers les tiers, jus- « qu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou qu'ils se sont engagés à « mettre dans la société ;

« Attendu que les tiers qui contractent avec la raison sociale ont réelle- « ment la société pour débitrice, savoir : les associés gérants, indéfiniment, « et les associés commanditaires, jusqu'à concurrence du montant de la « commandite, et que l'obligation, ainsi limitée à l'égard de ces derniers, « engendre nécessairement un droit et par conséquent une action utile au « profit des tiers ;

« Attendu que, la faillite de la société ayant fait cesser en la personne « du gérant la représentation de la société, l'action en versement des « mises commanditaires a pu et a dû nécessairement être intentée directe- « ment par les créanciers ou les mandataires légaux de ceux-ci, contre les « associés commanditaires ;

« Attendu qu'il suffit que cette action intéresse des tiers pour qu'elle « échappe à l'application de l'art. 51 du Code de commerce, qui ne sou- « met à l'arbitrage forcé que les contestations entre associés pour raison de « la société ;... » — (Dev.-Car., 44, 1, 692.)

Nouvelle application de la même doctrine, dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 8 avril 1845 :

« Attendu que c'est parce que les créanciers n'espéraient plus se faire « payer par le gérant, dont la caisse était épuisée, qu'ils dirigèrent une

Mais les commanditaires doivent-ils être condamnés par corps au versement de leur mise? La jurisprudence admet l'affirmative, en se fondant sur ce que les tiers ont une action directe. Cette conséquence a quelque chose d'exorbitant, et elle est cause que l'idée d'une action directe appartenant aux créanciers contre les commanditaires a éprouvé une certaine résistance et n'est pas encore parfaitement établie. Il paraît peu conforme au but de la commandite, qui, aujourd'hui comme anciennement, est de permettre à ceux qui ne sont pas commerçants, qui ne veulent pas se livrer au commerce ni même figurer dans des opérations de commerce, à qui cela peut-être est interdit, de faire fructifier leurs fonds dans les sociétés en commandite. Aussi je crois qu'il n'est pas nécessaire, ni même logique, tout en admettant l'action directe, d'aller jusque-là. Effectivement, les commanditaires ne

« action contre le commanditaire pour le forcer à verser la totalité de sa « commandite;

« Attendu que ce fut dans ces circonstances que le commanditaire offrit, « en compensation des sommes qu'il devait encore pour solder sa com- « mandite, celles qui lui étaient dues en vertu de son compte courant; — « Mais attendu que ce compte courant n'avait point été arrêté avant la ces- « sation de paiements; que le reliquat n'en avait point été imputé sur la « commandite; que ce n'est qu'après, et lorsqu'on ne payait plus personne, « que le commanditaire a voulu compenser contre sa dette de commandi- « taire, somme assurée par le contrat de société aux créanciers, somme « invariable à laquelle on ne pouvait toucher qu'après la liquidation et le « paiement de toutes les dettes, — qu'il a voulu opposer en compensation « une somme due par compte courant, c'est-à-dire qui lui était due au « même titre qu'elle était due aux autres créanciers;... » (Dev-Car. 45, 1, 589.)

Enfin, dans un jugement du tribunal de commerce de Marseille, du 9 mai 1855, confirmé par arrêt de la Cour d'Aix du 15 juin suivant, la doctrine de l'action directe est formulée d'une manière plus précise encore : « Attendu, dit le tribunal, qu'il n'existe pas dans l'espèce un des princi- « paux éléments exigés par la loi pour qu'il y ait lieu à compensation; « qu'en effet B. (le commanditaire) est créancier de la société V. A. P., « tandis qu'il est débiteur de sa mise aux créanciers de cette maison, re- « présentés par le syndic de la faillite de cette maison; que, par conséquent, « la double qualité de créancier et de débiteur ne reposant pas sur deux « mêmes têtes, on ne trouve plus cette réciprocité de créance et de dette « sans laquelle la compensation est impossible » (Dev.-Car., 57, 2, 94).

sont pas nommés dans l'extrait, la somme ou valeur par eux apportée ou promise y est seule mentionnée. Les tiers peuvent donc s'attaquer à cette somme ; elle ne peut leur être directement soustraite par des exceptions ou fins de non-recevoir tirées de la personne des gérants. Mais ils ne peuvent s'attaquer à la personne du commanditaire, qui ne leur est pas indiquée, qu'ils ne connaîtront que par l'entremise du gérant. On ne peut pas dire que les commanditaires sont contraignables par corps, puisque rien ne se fait en leur nom, puisqu'ils ne paraissent pas. Leur personne est à cet égard en dehors de la société, et on sortirait des limites dans lesquelles ils ont entendu circonscrire leurs engagements, on leur donnerait une portée exagérée et contraire au principe de la commandite, en les condamnant par corps. Mais cela est délicat. Si l'on admettait cette restriction, que je crois très-logique en elle-même, la jurisprudence qui accorde l'action directe aux tiers ne serait plus susceptible, ce me semble, d'aucune objection (1).

(1) Le tribunal qui condamne un commanditaire au paiement de sa mise doit-il prononcer contre lui la contrainte par corps? Évidemment deux cas peuvent se présenter : ou bien la condamnation est poursuivie par le gérant, agissant au nom de la société, ou bien elle est poursuivie par des créanciers sociaux, qui se présentent comme ayant une action directe contre le commanditaire. C'est seulement en se plaçant dans le deuxième cas que M. Bravard se demande si le commanditaire doit être condamné par corps. Du reste, de ce qu'il repousse l'exercice de la contrainte par corps dans le cas de poursuite intentée par des tiers, nous sommes fondés à conclure qu'il le repousse *a fortiori* dans le cas de poursuite intentée par le gérant au nom de la société. En effet, l'argument que peuvent présenter les tiers qui sollicitent une condamnation par corps fait défaut quand c'est le gérant qui est en face du commanditaire. Que disent les tiers ? « Nous sommes devenus créanciers de la société en vertu d'un acte de commerce intervenu entre elle et nous ; or, cet acte de commerce, vous commanditaire, en contractant la société vous avez donné pouvoir de le faire, vous l'avez fait pour partie, et ainsi vous êtes sous le coup de l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1832. » Au contraire, vis à-vis de la société, le commanditaire n'est débiteur qu'en vertu de l'engagement qu'il a pris de verser une somme de..., pour participer aux bénéfices, et il est très-douteux que ce simple engagement constitue de sa part un acte de commerce. — Ajoutez que M. Bravard met en avant une idée qui a une portée générale, qui s'appli-

J'arrive maintenant au cas, — c'est celui qui présente le plus de difficulté, — où le commanditaire a fait un acte de gestion

que également au cas où le commanditaire est poursuivi par la société et au cas où il est poursuivi par des créanciers sociaux : « Soumettre le commanditaire à la contrainte par corps, dit-il (p. 245), cela paraît peu conforme au but de la commandite, qui, aujourd'hui comme anciennement, etc. » — L'opinion de notre auteur est donc que le commanditaire ne peut être condamné par corps au versement de la mise, ni quand il est poursuivi par le gérant, au nom de la société, ni *même* quand il est poursuivi par des créanciers sociaux.

Est-ce là l'opinion à laquelle il convient de nous arrêter ?

Pour ma part, je comprends très-bien que l'on fasse la distinction que j'indiquais tout à l'heure, que M. Bravard lui-même a indiquée en posant la question (*supra*, p. 243), c'est-à-dire que l'on admette la contrainte par corps au profit des créanciers sociaux et non au profit de la société. Et cette distinction, je la trouve, en effet, dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Grenoble, du 25 février 1857 : « Attendu, dit la Cour, que, la « société .. ayant cessé de fonctionner et étant en liquidation, les liquida- « teurs gérants, qui représentent les tiers intéressés, peuvent exercer contre « L. tous les droits résultant de la nature des obligations de ce commandi- « taire, avec contrainte personnelle, lors même que cette contrainte ne « pourrait pas être exercée par les associés gérants contre les associés « commanditaires pendant l'existence de la société... » (Dev.-Car., 58, 2, 693). — On peut dire que le gérant, chaque fois qu'il a fait un acte de commerce avec des tiers, a représenté *parte in quâ* le commanditaire. On peut dire aussi qu'il y a une sorte d'intérêt public à ce que les tiers, qui ont traité avec la société après avoir vu dans l'extrait le montant des *valeurs à fournir*, puissent faire rentrer ces valeurs par les moyens que la loi autorise généralement en matière commerciale. — Du reste, cette idée que tous les actes de commerce faits au nom de la société avec des tiers émanent, en réalité, du commanditaire, cette idée ne doit pas nous amener à dire que le commanditaire va nécessairement devenir commerçant. En effet, pour être commerçant il ne suffit pas d'exercer, même très-souvent, des actes de commerce ; il faut encore en faire sa profession habituelle. Or cette dernière condition manque évidemment au commanditaire, qui reste inconnu du public.

La distinction, je le répète, peut être défendue. Pourtant, je ne m'en tiens pas à cette distinction : j'admets que même le gérant, agissant au nom de la société, peut faire condamner par corps le commanditaire. Il me semble, en effet, que celui qui verse ou promet de verser une somme, en vue d'opérations commerciales dont il profitera si elles réussissent, fait par là même un acte de commerce. Et je ne suis point touché de l'objection qu'on a souvent faite : « Supposons, a-t-on dit, qu'un non-commerçant prête à un commerçant une somme avec laquelle celui-ci doit réaliser une cer-

ou un acte réputé tel. Le commanditaire sera tenu personnellement et solidairement envers celui avec qui il a fait cet acte, et envers les créanciers postérieurs. Mais sera-t-il tenu envers les créanciers antérieurs à cet acte? Oui. L'art. 28 ne fait aucune distinction. Il n'en fait aucune non plus entre les actes de gestion et ceux qui consistent simplement dans l'accomplissement d'un mandat donné par le gérant.

N'est-ce pas là mettre l'effet avant la cause? Non : cette disposition s'explique par une raison que j'indiquerai tout à l'heure, et qui me servira à résoudre une des questions les plus graves qui puissent s'élever en cette matière.

Mais d'abord résulte-t-il de l'art. 28 que, toutes les fois que le commanditaire aura fait un acte de gestion, la société sera obli-

taine opération commerciale : ce prêteur fait-il donc acte de commerce ? » Non, sans doute, répondrai-je : à quelque usage que soient destinés les écus prêtés, celui qui les prête ne fait pas acte de commerce. Mais l'homme qui verse ou promet de verser des fonds dans une commandite est-il un simple prêteur? Pas le moins du monde. Comparez-le au prêteur à la grosse, à la bonne heure! Et précisément l'art. 633 de notre Code répute acte de commerce tout prêt à la grosse.

Telle est, au surplus, la jurisprudence de la Cour de cassation. L'arrêt du 28 février 1844, que j'ai déjà cité, dit que « c'est une opération évidemment « commerciale que celle qui consiste à verser, à titre de commandite, des « fonds dans une maison de banque, en vue de prendre part aux bénéfices « résultant du mouvement de ces fonds réunis et confondus avec d'autres. » De même, l'arrêt du 13 août 1856 (arrêt de rejet, de la Chambre civile) proclame que « tous ceux qui, pour participer, dans la proportion de leur « intérêt, aux chances de bénéfices d'une société commerciale, prennent « l'engagement d'y verser, soit à titre de commanditaires, soit comme « souscripteurs d'actions, des fonds destinés à servir de garantie à ses opé- « rations, et qui par là concourent à la fondation du crédit de la société et « à la création de la société elle-même, dans l'un de ses éléments essentiels, « contractent, pour la réalisation de leur mise de fonds, une obligation « commerciale... » (Dev.-Car., 56, 1, 769).

Par application de la même doctrine, on a jugé que c'est devant le tribunal de commerce, et non devant le tribunal civil, que le commanditaire doit être poursuivi en paiement de sa mise. Voy. l'arrêt de la Cour de Lyon, du 31 juillet 1858, et l'arrêt de la Cour de Rouen, du 25 juin 1859 (Dev.-Car., 60, 2, 247). — Voy. aussi l'observation faite ci-dessus, p. 242, note 3.

gée envers les tiers? Non, sans doute. Il sera déchu, lui, de sa qualité, c'est là ce que décide l'art. 28. Mais la société ne sera obligée envers le tiers qu'autant que l'engagement aura été contracté en son nom et avec son assentiment, au moins tacite, ou qu'elle en aura profité. Il ne peut pas dépendre d'un commanditaire, pas plus que d'un associé en nom qui n'est pas administrateur, de grever la société de dettes sans son assentiment. Tout ce qu'a voulu dire l'art. 28, c'est que le commanditaire sera transformé en associé en nom, et sera tenu de la même manière qu'un associé de cette espèce; mais cet article ne dit pas que la société sera tenue envers tous ceux vis-à-vis desquels le commanditaire aura pris des engagements en son nom : c'est là une autre question, qui doit être décidée par les principes généraux, et qui est en dehors de l'art. 28 (1).

Je passe à la question que j'ai annoncée. Les créanciers sociaux peuvent-ils provoquer une déclaration de faillite contre le commanditaire qui a fait un acte de gestion, ou un autre réputé tel, assimilé à celui-là?

(1) Ainsi, la société ne peut pas souffrir de l'acte d'immixtion du commanditaire. Réciproquement, peut-elle s'en prévaloir, de telle sorte que, même dans ses rapports avec elle, le commanditaire se trouve déchu de cette qualité, et tenu, par conséquent, au-delà de sa mise? Pour ceux qui pensent que l'acte de gestion dont parle l'art. 27 ne peut être qu'un *acte extérieur*, un acte passé avec un tiers, la déchéance prononcée par l'art. 28 est prononcée exclusivement dans l'intérêt des tiers : logiquement il faut donc admettre que le commanditaire, déchu de cette qualité au regard du public, en conservera le bénéfice dans ses rapports avec la société, avec les associés en nom. C'est, en effet, ce qu'admettent plusieurs auteurs, et un arrêt de la Cour de Lyon du 27 mai 1859 (Dev.-Car., 60, 2, 16). Nous, au contraire, qui pensons que, pour l'application de l'art. 28, il n'y a point lieu de distinguer suivant que l'acte du commanditaire a été passé avec des tiers ou est un acte d'administration purement intérieure, nous qui pensons que les art. 27 et 28 ont été faits dans l'intérêt de la société elle-même, tout aussi bien que dans l'intérêt du public (voy. ci-dessus, p. 235 et suiv.), nous n'hésitons pas à dire que le commanditaire qui s'immisce dans la gestion est déchu à tous égards de sa qualité de commanditaire. Et cela est, bien évidemment, conforme aux expressions générales et absolues employées par le législateur. Voy. en ce sens M. Bédarride, t. 1er nos 259 et suiv.

Il est facile d'apercevoir la gravité des conséquences que cette déclaration entraînerait pour le commanditaire. Sa position sera aussi fâcheuse que possible : car, non-seulement il sera tenu de payer tout le passif social aux dépens de son avoir propre, mais encore il sera constitué en état de faillite, ce qui le rendra incapable d'exercer aucune fonction et de conserver celle dont il était investi. Peut-il y avoir rien de plus fâcheux pour un commanditaire, surtout s'il n'est pas commerçant, si c'est un fonctionnaire de l'ordre judiciaire ou administratif?

Aussi la plupart des auteurs n'admettent-ils pas que le droit des créanciers sociaux puisse aller jusque-là (1).

Je voudrais bien, pour mon compte, adopter cette solution. Mais elle me paraît complétement inconciliable avec les termes et avec l'esprit de l'art. 28. Avec ses termes : car il n'admet aucune distinction entre les commanditaires et les associés en nom. Avec son esprit : car, comme je l'ai fait remarquer, il soumet le commanditaire à la responsabilité solidaire envers les créanciers même antérieurs à l'acte qu'il a fait; et cela ne peut s'expliquer que d'une seule manière, ne peut tenir qu'à une seule cause : c'est que le commanditaire est considéré comme un associé en nom qui s'est déguisé, qui s'était affublé faussement du titre de commanditaire, mais qui s'est trahi, qui s'est révélé par l'acte de gestion qu'il a fait. De sorte que cet acte dévoilé fait apparaître une qualité inconnue jusque-là, mais concomitante à la formation de la société, et, par conséquent, emportant la responsabilité de tous les engagements sociaux. Qu'ils aient été contractés plus ou moins longtemps après la formation de la société, avant ou après l'acte qui a révélé la véritable qualité du commanditaire, c'est indifférent : car ce n'est plus un commanditaire, mais un associé en nom.

Si l'on admet cette donnée, la question que j'ai posée est par cela même résolue : car il est évidemment impossible d'admettre que l'associé en nom, qui a voulu commettre une faute, qui a

(1) Voy. notamment M. Pardessus (n° 1037), et M. Troplong, t. 1er, n° 438.

dissimulé sa qualité, sera traité moins rigoureusement que celui qui a avoué sa qualité, qui l'a prise ostensiblement, qui n'a voulu tromper personne, qui a agi loyalement et au grand jour (1).

* Des articles du Code de commerce qui traitent de la société en commandite et qui viennent d'être expliqués, il convient de rapprocher certains autres textes législatifs :

1° Dans l'arrêté du 2 prairial an XI, *contenant règlement sur les armements en course*, se trouvait la disposition suivante :

Art. 1er. « Les sociétés pour la course, s'il n'y a pas de con-« ventions contraires, seront réputées en commandite, soit que « les intéressés se soient associés pour des quotités fixes ou par « actions. »

Ainsi, lorsqu'une société avait été contractée pour armer un corsaire, si l'on n'apercevait pas clairement quelle forme de société les parties avaient voulu adopter, la présomption légale était pour la forme en commandite. Du reste, en certains cas, l'armateur (le commandité) avait le droit de faire un appel de fonds, auquel les associés devaient contribuer en sus de leurs mises primitives et proportionnellement à ces mises. — Ces dispositions, se référant à une matière spéciale, n'avaient point été abrogées par la promulgation du Code de commerce. Mais il ne peut plus être question de les appliquer aujourd'hui, la course ayant été abolie par la Déclaration du 16 avril 1856, rendue en exécution du traité de paix du 30 mars et promulguée par décret impérial du 28 avril de la même année.

2° Un Avis du Conseil d'État, du 2 mai 1809, approuvé le 17, tranche une question à laquelle pouvaient donner lieu les art. 27 et 28 du Code de commerce, question que les principes auraient pu suffire à résoudre. Voici le texte de cet Avis :

(1) Voy. en ce sens un article publié par M. Delaugle dans la *Revue étrangère et française de législation*, t. x (1843), p. 89. Voy. aussi MM. Molinier, n° 504, et Bédarride, t. 1er, n° 262.

« Le Conseil d'État,

« Qui, en exécution du renvoi ordonné par Sa Majesté, a en-
« tendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du mi-
« nistre de ce département, tendant à faire décider si la défense,
« portée aux art. 27 et 28 du Code de commerce, aux associés
« commanditaires de faire aucun acte de gestion des affaires de
« la société en commandite, sous peine d'être obligés solidaire-
« ment, s'applique aux transactions commerciales réciproques,
« étrangères à la gestion de la maison commanditée;

« Est d'avis

« Que les art. 27 et 28 du Code de commerce ne sont appli-
« cables qu'aux actes que les associés commanditaires feraient
« en représentant comme gérants la maison commanditée,
« même par procuration, et qu'ils ne s'appliquent pas aux
« transactions commerciales que la maison commanditée peut
« faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproque-
« ment le commanditaire avec la maison commanditée comme
« avec toute autre maison de commerce. »

Il est bien évident que la personne qui contracte avec moi ne fait point par là un acte de gestion de mes affaires. De même, quand un contrat intervient entre une société et un autre commerçant, ce n'est pas celui-ci qui gère les affaires de la société avec qui il traite : il gère ses propres affaires, et, par conséquent, eût-il versé des fonds à titre de commandite dans cette même société, il ne compromet en aucune façon sa qualité de commanditaire. *

Des sociétés en commandite par actions.

Nous avons vu comment est constituée et administrée la commandite ordinaire, quel est le rôle des commandités et celui des commanditaires, quels sont les rapports des uns et des autres avec les tiers.

Nous avons maintenant à envisager la commandite sous un

nouvel aspect, sous une nouvelle forme, qui en a singulièrement étendu la sphère et accru la puissance, qui l'a portée à son plus haut degré d'énergie : c'est la forme par actions.

Cette forme est nouvelle. Elle n'était pas connue dans l'ancien droit. Les anciens auteurs, Savary, Pothier, Jousse, ne parlaient que de la commandite *par intérêt ;* c'est la seule aussi que les rédacteurs du Code de commerce avaient complétement organisée. En reproduisant les dispositions de l'Ordonnance de 1673, qui ne s'était occupée que de la commandite par intérêt, les rédacteurs du Code de commerce les avaient en certains points rectifiées, complétées dans d'autres. Ils avaient consacré les véritables bases de cette espèce de société, et y avaient adapté les formes les mieux appropriées à sa nature et à son but. Ils avaient fait plus : ils avaient entrevu la commandite *par actions*, inconnue aux anciens auteurs, comme je viens de le dire. Ils en avaient posé le principe ; ils l'avaient inscrit dans les art. 38 et 43 (1). Mais ils s'en étaient tenus là ; ils ne l'avaient pas organisée. Ils avaient donc laissé à cet égard une lacune dans leur Code. Cette lacune a été comblée par une loi récente, du 17 juillet 1856, *sur les commandites par actions.*

C'est de cette commandite que nous avons maintenant à nous occuper. Mais il est indispensable, pour s'orienter dans cette matière difficile et compliquée, de se former une idée aussi exacte et aussi complète que possible de ces mots *intérêt* et *action*, au moyen desquels on désigne les deux espèces de sociétés en commandite qui existent aujourd'hui, de la portée de chacune de ces expressions, de l'idée qui s'y attache, du principe dont elle est la formule. C'est là une notion qui doit évidemment précéder toutes les explications sur cette matière.

Commençons par l'*intérêt.* Qu'est-ce qui le constitue en matière de société? Le voici.

Dans toute société, c'est une condition même de son existence que chacun des contractants y fasse un apport. Là où il n'y

(1) Et dans un troisième article, dans l'art. 44. Je reviendrai sur ce point.

aurait pas d'apport par l'un des contractants, la société ne serait pas possible.

En général, l'évaluation de l'apport se fait d'un commun accord entre tous les associés. Mais quand la société est par actions, le fondateur rédige l'acte de société, donne à son apport l'évaluation que bon lui semble, et invite ensuite les capitalistes à souscrire, chacun de leur côté, — ce qui fait que l'évaluation donnée par le fondateur à son apport, quand il ne consiste pas en numéraire, échappe à tout contrôle sérieux et favorise les exagérations. C'était là un des abus qui s'étaient produits dans les commandites par actions, et auxquels, comme nous le verrons, la nouvelle loi sur les commandites par actions a cherché à obvier.

Cette condition d'un apport a été déjà expliquée (1). Je me borne à la rappeler comme une des conditions essentielles du contrat de société ; elle est d'une nécessité absolue.

Mais l'apport a un équivalent, un corrélatif, que j'ai à peine indiqué (2), sur lequel c'est ici le lieu de revenir et d'insister. Ce corrélatif nécessaire, c'est le droit, pour chaque associé, de participer, en retour de son apport, aux bénéfices que la société peut faire jusqu'à sa dissolution, et, lors de sa dissolution, au partage du fonds social. Ce droit est ce qui constitue l'intérêt. Donc, comme on voit, dans toute société, quelle qu'elle soit, civile, commerciale, de choses ou de personnes, chaque associé a nécessairement un intérêt. Il n'y a pas plus de société possible sans un intérêt pour chacun des associés, qu'il n'y a de société possible sans un apport fait par chacun d'eux.

Cela posé, voyons quels sont les caractères particuliers de cet intérêt.

Son premier caractère, c'est d'être *mobilier*, tant que dure la société (3). En effet, la société, étant une personne juridique,

(1) Voy., ci-dessus, p. 156.
(2) Ci-dessus, p. 159 et 160.
(3) Voy. l'art. 529 du Code Napoléon. Cet article, du reste, ne parle pas de

est seule propriétaire de l'actif social; les associés n'ont, sur les choses qui dépendent de la société, ni droit de propriété, ni droit de co-propriété, ni aucun démembrement de ce droit. Il n'y a qu'un seul propriétaire, c'est l'être moral société : tant qu'elle subsiste, le droit des associés est donc purement mobilier. Il ne porte pas sur l'actif, qui ne relève, encore une fois, que de la société : il consiste dans une action contre la société, action en attribution d'une part dans les bénéfices, et éventuellement d'une part dans le fonds social. Mais lorsque la société est dissoute, la personne juridique n'existant plus, le droit des associés se transforme en un droit de co-propriété dans le fonds social, et, par suite, le droit des associés se trouve mobilier ou immobilier suivant la nature mobilière ou immobilière des objets dont se compose l'actif social (1).

Voilà le premier caractère de l'intérêt dans une société. A cet égard, l'intérêt présente un point de ressemblance et un point de dissemblance avec un droit de créance ou d'obligation. Le droit des créanciers, même hypothécaires, est mobilier. Il l'est, alors même que tous les biens du débiteur consisteraient en immeubles : car un créancier, quelle que soit la nature des biens de son débiteur, et quand même sa créance serait hypothécaire ou privilégiée, n'a le droit de se faire attribuer en nature aucune portion des biens de ce débiteur ; il peut seulement les faire saisir et vendre pour se payer sur le prix. Son droit aboutit donc à un objet mobilier, au prix, *tendit ad quid mobile* (2). Et il ne peut pas cesser d'être mobilier. Que le débiteur vive ou meure, qu'il

toute société en général, mais seulement des *compagnies de finance, de commerce ou d'industrie.*

(1) Le partage ayant une fois eu lieu, suivant que l'associé aura reçu des valeurs mobilières ou des valeurs immobilières, il se trouvera qu'il avait un droit mobilier ou un droit immobilier (C. Nap., art. 883 et 1872).

(2) Évidemment M. Bravard suppose ici le cas le plus ordinaire, c'est-à-dire le cas d'une créance qui a pour objet une somme d'argent. Il n'entend point toucher la question de savoir s'il n'est pas possible qu'un droit de créance soit immobilier d'après la nature de son objet. Sur ce point, voy. M. Demolombe, *De la distinction des biens*, nos 350 et suiv.

s'acquitte de lui-même ou se laisse poursuivre, qu'il soit déclaré en faillite ou en déconfiture, peu importe : le droit des créanciers reste ce qu'il est, c'est-à-dire purement mobilier. C'est en quoi il diffère de l'intérêt, qui de mobilier peut devenir, par la dissolution de la société, immobilier, tandis que la créance ne peut jamais revêtir cette qualité.

— Le second caractère de l'intérêt, c'est de se confondre, quant à sa durée, avec la société elle-même, de n'avoir pas une durée propre et distincte de celle de la société. On ne pourrait pas dire qu'on a dans une société un intérêt d'une durée de dix ans, de vingt ans, etc. : il faudrait dire qu'on a un intérêt dans une société qui est d'une durée de dix ou de vingt années. C'est ainsi que s'exprime l'art. 14 de la loi du 5 juin 1850 *sur le timbre*, article ainsi conçu : « Chaque titre ou certificat d'ac-« tion dans une société, compagnie ou entreprise quelconque, « financière, commerciale, industrielle ou civile, que l'action « soit d'une somme fixe ou d'une quotité, qu'elle soit libérée ou « non libérée, émis à partir du 1er janvier 1851, sera assujetti « au timbre proportionnel de 50 centimes pour 100 francs du « capital nominal, pour les sociétés, compagnies ou entreprises « dont la durée n'excédera pas dix ans, et à 1 pour 100 pour « celles dont la durée dépassera dix années... » — Au contraire, un droit de créance ou d'obligation a une durée qui lui est propre, une durée indépendante en elle-même de la durée plus ou moins longue de l'existence du débiteur, de la ville, de l'établissement public ou de la société sur qui existe le droit. Les obligations émises par les villes, par les compagnies de chemin de fer, par les sociétés, sont remboursables de diverses manières et à des époques différentes ; mais elles ont un terme de remboursement, qui ne dépend pas en lui-même de la durée de la ville ou de la société. On peut donc dire très-exactement qu'on a, sur une ville, sur une société, une créance remboursable dans dix ans, dans vingt ans.

— Un troisième caractère de l'intérêt, et qui mérite particulièrement d'être remarqué, c'est d'être susceptible d'accroissement

et de diminution. En effet, donnant droit aux bénéfices et au partage du fonds social, l'intérêt suit naturellement la même progression que le fonds social et les bénéfices, progression ascendante ou descendante, suivant que la société fait des bénéfices ou des pertes. L'intérêt est donc, comme le fonds social, comme les bénéfices, susceptible de hausse et de baisse. Ainsi, il y a des actions qui valent le double de ce qu'elles valaient le jour de leur émission, d'autres qui valent la moitié moins, d'autres qui ne valent rien du tout. A cet égard, l'intérêt diffère essentiellement d'un droit de créance ou d'obligation. Ce droit est fixe, invariable, et quant au chiffre du capital, et quant au taux des intérêts. Quels que soient les bénéfices que la société peut faire, quelque accroissement que prenne le fonds social, le porteur de l'obligation n'aura pas droit à un sou de plus en capital ou en intérêts. Il ne pourra toujours réclamer que la somme qui fait l'objet de l'obligation et les intérêts de cette somme. Il n'y a donc pas ici de hausse ni de baisse possible. A cet égard, l'obligation ou la créance offre moins d'avantages que l'intérêt.

Mais, à un autre point de vue, le droit de créance est préférable à l'intérêt. Il offre plus de sécurité, car le droit du porteur de l'obligation passera toujours avant celui de l'associé ou intéressé. Quand l'actif social sera amoindri, s'il est encore suffisant pour rembourser les créanciers, ils seront payés intégralement, et les associés n'auront droit qu'à ce qui restera, et s'il ne reste rien ils perdront tout.

Allons plus loin, et reconnaissons que, lors même que l'actif social serait insuffisant pour payer les créanciers, qui ne recevraient rien ou presque rien, leur position en droit serait tout autre que celle des associés, bien qu'en fait elle fût à peu près semblable. Les créanciers auraient toujours le droit de dire à la société : « Vous ne me payez pas ce qui m'est dû : je vais exercer des poursuites contre vous, vous faire condamner et même déclarer en faillite. » Ils auraient ce droit : car leur créance est intacte, bien que la société soit insolvable. L'insol-

vabilité du débiteur ne le libère pas, n'empêche pas ses créanciers de conserver leurs droits de créanciers; c'est le gage de leur créance qui a péri, et non leur titre : celui-ci reste intact. Au contraire, quand il n'y a pas d'actif, le droit même des associés a péri, il s'est évanoui, il n'en reste rien, pas de traces, pas de vestiges : ils n'ont donc d'action d'aucune sorte à exercer : ils sont sans droits, sans intérêt.

— Un quatrième caractère de l'intérêt, caractère qui nous rapprochera de l'action, caractère qui établit la ligne de démarcation entre l'un et l'autre, c'est que l'intérêt est *incessible*. En cela il diffère essentiellement de la créance, qui est toujours cessible, qui n'est point attachée à la personne du créancier. L'incessibilité de l'intérêt se lie de la manière la plus étroite au caractère de contrat personnel, de contrat fondé sur la considération des personnes, caractère originaire de la société, qui existait en droit romain (1), qui existe en droit civil, qui existe en droit commercial, même dans la société en commandite, à l'égard des commanditaires comme à l'égard des associés en nom. De ce que la société est fondée sur des considérations personnelles, il suit que les rapports qu'elle produit ne peuvent exister qu'entre les associés eux-mêmes, que, par suite, si l'un d'eux vient à décéder ou à être déclaré en faillite ou à être frappé d'interdiction, la société est dissoute, puisqu'elle est privée d'un élément essentiel à son existence. Par une autre conséquence du même principe, chacun des associés, les commanditaires comme les associés en nom, doit rester dans la société jusqu'à sa dissolution. Il ne peut en sortir et y faire entrer un tiers à sa place : car c'est avec lui personnellement, et non avec d'autres, qu'ils n'ont pas choisis, agréés, que ses co-associés ont entendu se mettre dans les rapports qui résultent de la société. On voit qu'à ce point de vue encore, l'intérêt diffère essentiellement de la créance, qui est toujours cessible, transmissible (2).

(1) Sauf le cas de la société *vectigalis*. Voy., ci-dessus, p. 167.

(2) On pourrait croire, à la lecture de cet alinéa, que la loi qui déclare

Ce caractère de l'intérêt a deux graves inconvénients pour la commandite :

D'une part, il fait qu'elle n'a qu'une existence précaire, puisqu'elle peut être frappée de dissolution à tout moment, au moment le plus inopportun, par un événement qui retranche de la société la personne d'un des commanditaires. Et son instabilité est d'autant plus grande que les commanditaires sont plus nombreux, puisque ces chances de dissolution s'augmentent dans la proportion de leur nombre. La commandite est donc, par cela même, impropre aux entreprises qui exigent, de la part de la société, une longue durée d'existence assurée.

D'autre part, les commanditaires, ne pouvant céder leurs droits à personne, sont privés, jusqu'à la dissolution de la société, des sommes ou valeurs qu'ils y ont mises. Cette perspective est de nature à éloigner de la commandite tous les spéculateurs, tous les financiers, et même les capitalistes qui veulent se réserver la possibilité de retrouver, pour un besoin imprévu, les fonds qu'ils mettraient dans la société. Elle restreint donc le nombre des personnes qui prendront part à cette société, et elle fait que les personnes qui consentiront à y entrer, n'y apporteront que des sommes assez modiques, dont elles croiront pouvoir se passer presque indéfiniment, l'excédant de leurs revenus sur leurs dépenses, en un mot leurs économies. C'est là la cause de l'impuissance de la commandite ordinaire, de la commandite ancienne. On comprend que sous un pareil régime elle ne pou-

que la société finit par la mort, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés (Code Nap., art. 1865), est une loi impérative, une loi à laquelle les parties ne peuvent pas déroger. Ce serait une grosse erreur. Pothier (*Société,* n° 145) admettait déjà, conformément à l'opinion de l'ancien praticien Masuer, qu'il peut être dit que la société subsistera malgré la mort de l'un des associés et même qu'elle continuera avec son héritier. Cette doctrine a passé dans l'art. 1868 du Code Napoléon. — Rien ne s'oppose non plus à ce que les personnes qui contractent une société civile ou commerciale, conviennent que chacune d'entre elles, ou quelques-unes, ou l'une seulement, pourront céder à un tiers leur intérêt ou leur part dans la société : l'incessibilité est bien de la nature, mais non pas de l'essence, du contrat.

vait se développer, et devait rester nécessairement renfermée dans un cercle fort restreint. Pour qu'elle prît son essor, qu'elle pût attirer à elle de nombreux associés, de nombreux bailleurs de fonds et réunir des sommes considérables, entreprendre et réaliser de grandes opérations, il fallait la délivrer des deux obstacles que j'ai signalés.

Il y avait un moyen d'y parvenir. Ce moyen était simple, mais radical, et il ne s'était pas présenté à l'esprit des auteurs de l'ancien droit, trop imbus de l'idée que la commandite est un contrat personnel. Ce moyen, c'était de matérialiser l'intérêt, de réduire les rapports des commanditaires avec la société à des rapports purement pécuniaires, en un mot, à des rapports d'affaires et non de personnes. Cette substitution transforme l'intérêt en action. C'est en cela, en cela seulement, que l'intérêt et l'action diffèrent l'un de l'autre (1); et cette différence, qui peut paraître minime au premier abord, est de la plus haute importance, et a eu les résultats les plus remarquables : elle a changé la destinée de la commandite, et lui a donné une puissance inconnue jusque-là.

En effet, dès que, entre les commanditaires et la société, il n'y a plus que des rapports d'intérêt, rien de ce qui survient dans la personne des commanditaires ne peut affecter l'exis-

(1) Ainsi, du moment qu'il a été convenu entre les associés que l'intérêt qui appartient à chacun ou à quelques-uns d'entre eux dans la société pourra être cédé à un tiers, cet intérêt est ce qu'on appelle proprement une *action*, par opposition à l'intérêt pris *stricto sensu*, lequel n'est pas cessible. Et réciproquement, par cela seul que les associés se seront servis du mot *action* pour désigner l'intérêt qui appartient à tel ou tels d'entre eux, nous en conclurons qu'ils ont voulu que la cession fût possible. — C'est effectivement en ce sens que les deux mots sont employés le plus souvent. D'abord on peut remarquer que le Code de commerce (articles 35 et 36) traite de l'*action* et de la *cessibilité* comme de deux choses qui s'impliquent l'une l'autre. La plupart des auteurs indiquent également la cessibilité comme le caractère distinctif de l'action (Voy. notamment M. Pardessus, nos 973, 974, 993 et 1032; M. Troplong, t. 1er, nos 128 et 129; M. Molinier, no 512, et M. Bédarride, t. 1er, no 318). Enfin les rédacteurs de la loi du 5 juin 1850 *sur le timbre* et de la loi du 17 juillet 1856 *sur les sociétés en commandite par actions* ont évidemment consacré ce langage.

tence de la société, en entraîner la dissolution : la voilà donc affranchie d'une cause d'instabilité. — Pareillement, la personne des associés n'étant plus un des éléments de la société, étant remplacée par la mise, rien n'empêchait que l'associé ne cédât ses droits à un tiers, et ne rentrât ainsi indirectement dans ses fonds.

On voit, dès lors, combien l'accès de la commandite s'est élargi, à combien de personnes, à combien de capitaux, qui en étaient jusque-là exclus, elle s'est ainsi trouvée ouverte. Elle a fait appel à tous les capitalistes, qui n'ont plus eu de raison de lui refuser leurs fonds ; elle a fait appel surtout aux financiers, aux spéculateurs, sans le concours desquels on ne peut faire aucune grande entreprise commerciale ou industrielle, rien tenter, en fait de commerce ou d'industrie, qui sorte des proportions ordinaires. Ils ont apporté leur concours à la commandite par actions, avec d'autant plus d'empressement qu'en souscrivant des actions, ils pourraient les revendre presque aussitôt, faire ainsi mouvoir leurs fonds, en conserver la libre disposition, en faire un aliment de spéculation, un véritable commerce, le commerce des actions. C'est là la cause véritable de la puissance de la commandite par actions, de la faiblesse comparative de la commandite par intérêt.

On voit donc que ce qui constitue l'action, ce qui la distingue de l'intérêt, c'est la cessibilité. Pour reconnaître s'il y a intérêt ou action, il n'y a donc qu'une seule chose à examiner, savoir : si le droit est cessible ou s'il ne l'est pas ; en d'autres termes, s'il y a des rapports de choses ou des rapports de personnes. Partout donc où la cessibilité existera, se rencontrera, il y aura une action ; partout où elle n'existera pas, il n'y aura qu'un intérêt. Voilà le véritable et le seul caractère distinctif de l'action et de l'intérêt. Je ne saurais trop insister sur ce point, qui est fondamental.

Cependant on a plus d'une fois prétendu que la différence de l'action et de l'intérêt se rattachait à une autre donnée, à ce que l'action serait représentée par un chiffre, serait d'une somme fixe,

500 francs, 1,000 francs, etc., — tandis que l'intérêt serait représenté par une fraction, serait d'une quotité, un tiers, un quart, un douzième (1).

En fait, cette différence se rencontrera assez souvent : car elle rentre, jusqu'à un certain point, dans ce qui constitue essentiellement l'action, la cessibilité, attendu que la cession sera facile quand le droit sera d'une somme fixe, non quand il sera d'une quotité, la valeur du titre, ce qui le représente, étant plus facile à apprécier dans un cas que dans l'autre. Mais, en droit, dès que le titre est cessible, quand même il représenterait une quotité, il n'en constitue pas moins une action : car il implique des rapports non pas de personnes, mais d'intérêts. Aussi, en fait, et dans les entreprises les plus importantes, y a-t-il des actions de quotité. Dans les sociétés de mines, le capital est presque toujours divisé en actions de quotité. Il y a des actions de ce genre dans la compagnie des mines de la Loire; il y en a dans la société des mines d'Anzin, et dans une foule d'autres. Enfin, il ne saurait y avoir de doute à cet égard, car l'art. 14 de la loi sur le timbre (2) met sur la même ligne les *actions de somme fixe* et les *actions de quotité*. Il reconnaît aussi bien aux unes qu'aux autres le caractère d'actions : il y a donc des actions de somme fixe et des actions de quotité (3).

(1) « L'action diffère de l'intérêt comme l'espèce diffère du genre. On « peut dans toute société appeler *intérêt* le droit afférent à chaque associé, « de quelque manière que sa mise ait été fournie. Mais, lorsque dans une « société qui se fonde le capital à fournir est divisé en portions déterminées « à une somme fixe, pour lesquelles il est fait appel à tous, l'intérêt que « chacun acquiert en fournissant une de ces portions prend le nom d'*ac-* « *tion* » (Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 421).

(2) Voy., ci-dessus, p. 256.

(3) Il est incontestable que dans l'usage on se sert assez souvent du mot *intérêt* pour désigner ces actions de quotité. Dans le rapport même de la commission de l'Assemblée nationale qui prépara la loi sur le timbre, je lis ce passage : « L'action peut consister dans une quotité, dans une part « de bénéfices, dans un intérêt: alors, le capital n'étant pas déterminé, la « commission s'en est référée, pour fixer la valeur réelle, aux règles éta- « blies par les lois sur l'enregistrement. »

Mais le titre mériterait-il encore le nom d'*action*, si, bien que cessible, il ne pouvait être cédé que suivant les formes consacrées par le droit commun pour la cession des créances? Cela le rendrait impropre à la circulation : car ces formalités gênantes sont de nature à l'entraver, à l'empêcher. Il faut, en effet, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers, la signification du transfert faite au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique (1). Eh bien! si l'on avait subordonné la cession du titre à l'accomplissement de ces formalités, ne lui aurait-on pas enlevé par cela même le caractère d'action?

A cette question se rattache une disposition de la loi nouvelle sur les commandites, qui présente une difficulté de principe qu'il faut résoudre.

Supposons d'abord que le titre n'est nullement cessible, pas même de la manière indiquée par le droit civil : pourrait-on y reconnaître une action? Non, sans doute, d'après les principes que j'ai posés : car alors il impliquerait des rapports de personnes, puisque les relations sociales seraient concentrées entre les associés eux-mêmes et ne pourraient pas exister avec d'autres; or, c'est bien là ce qui constitue l'intérêt et le distingue de l'action. Cependant, d'après l'art. 3 § 2 de la loi sur les commandites par actions, les actions ne seront négociables qu'après le versement des deux cinquièmes : n'en résulte-t-il pas que, tant que ce versement n'a pas eu lieu, le droit est incessible, intransmissible? et dès lors comment y voir une action? Comment comprendre que l'art. 3 lui-même le qualifie d'*action*?

Il faut distinguer. De ce que le droit, l'action, n'est pas négociable, il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse pas être transmise; seulement, elle ne pourra l'être que dans les formes et suivant les différents modes établis par le droit commun, par donation, par testament, par succession, ou bien encore dans la forme prescrite par l'art. 1690 pour la transmission des créances (2).

(1) Voy. l'art. 1690 du Code Napoléon.

(2) L'art. 1690 n'est certainement pas applicable lorsque le droit est

Elle sera donc transmissible, mais elle ne sera pas négociable. Il y a donc des actions négociables et des actions non négociables. Et que faudra-t-il pour qu'on puisse dire qu'une action est négociable? Il faudra qu'elle soit cessible d'une manière simple, rapide, qui la rende propre à la circulation, — cessible dans une forme commerciale, suivant l'un des modes établis par le Code de commerce.

Cette distinction, présupposée par l'art. 3 de la loi du 17 juillet 1856, est formellement consacrée par l'art. 25 de la loi sur le timbre, ainsi conçu : « Les dispositions des articles précédents « ne s'appliquent pas aux actions dont la cession n'est parfaite « à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées « par l'art. 1690 du Code civil, ni à celles qui en ont été formel- « lement dispensées par une disposition de loi. » Cet art. 25 doit être rapproché de l'art. 3 précité. — Ainsi, quand l'action ne pourra être cédée que dans la forme prescrite par l'art. 1690, elle ne sera pas négociable, elle ne constituera pas une valeur de circulation, une marchandise : c'est pourquoi elle sera affranchie du droit de timbre. Mais, comme elle peut être cédée, bien qu'elle ne puisse l'être que dans la forme du droit commun, elle n'en constituera pas moins une véritable action, parce qu'elle est indépendante de toute considération de personnes, parce qu'elle implique seulement des rapports d'intérêts.

Quand le montant intégral de l'action n'est pas versé, on dit que l'action n'est pas libérée. Sur le bulletin de la Bourse, on écrit cette mention : *action non libérée, telle somme versée* (200, 300, 500 francs, plus ou moins). Au contraire, quand le montant intégral de l'action a été fourni, on dit que l'action est libérée,

transmis *per universitatem*, c'est-à-dire en cas de succession *ab intestat*, de legs universel ou à titre universel, d'institution contractuelle : l'héritier légitime ou institué, le donataire des biens à venir, ne peuvent pas être qualifiés de *cessionnaires*. Je crois même qu'il n'est pas applicable au cessionnaire de droits successifs. Mais, bien que cet article se trouve dans le Titre *De la vente*, le donataire du droit devrait s'y conformer, tout comme l'acheteur.

qu'elle ne doit plus rien. — Sous l'empire du Code de commerce, on pouvait souscrire des actions sans faire aucun versement au moment de la souscription. D'après la nouvelle loi, comme nous le verrons, il faut verser le quart au moins de la somme que l'action représente.

Voyons maintenant quelles sont les conditions de forme nécessaires pour donner à l'action le caractère de titre négociable.

Elles sont indiquées par les art. 35 et 36 du Code de commerce. Il y a trois formes à distinguer : la forme *nominative*, la forme *au porteur* et la forme *à ordre*. La forme est *nominative* lorsqu'elle fait connaître le nom du titulaire; — *au porteur*, lorsque le nom du titulaire est remplacé par ces mots : *au porteur ;* — enfin *à ordre*, lorsque le nom du titulaire est suivi de ces mots : *ou à son ordre*. A chacune de ces formes correspond un mode particulier de cession :

Lorsque l'action est nominative, elle ne peut être cédée que par une déclaration de transfert, inscrite sur les registres de la société et signée du propriétaire ou de son fondé de pouvoir.

Quand elle est au porteur, elle peut être cédée par la simple tradition du titre, par la remise de la main à la main, comme une pièce de monnaie. Les billets de banque peuvent être considérés comme le type des titres au porteur. Ils se transmettent avec autant de rapidité que la monnaie et ils lui sont souvent préférés (1).

Les titres à ordre se transmettent par une cession inscrite au dos du titre et que pour cette raison on appelle *endossement*. Le Code de commerce n'a pas parlé, au Titre *des sociétés*, de la forme à ordre, parce qu'elle est peu usitée pour les actions; mais il ne l'a pas prohibée, et l'on peut l'adopter si l'on veut.

La forme la plus usitée est la forme au porteur : le plus grand nombre des actions est sous cette forme. C'est celle, en effet, qui

(1) La jurisprudence applique à cette nature de titres la maxime : *En fait de meubles possession vaut titre.* Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1851 (Dev.-Car., 52, 2, 38).

confère le mieux à l'action le caractère de marchandise : car c'est la plus rapide et la plus simple. Elle convient donc à tous ceux qui redoutent les lenteurs et les formalités, qui tiennent à éviter les déplacements et les procurations. Elle a un autre avantage : elle convient à un assez grand nombre de personnes qui ne veulent pas paraître, qui ne veulent pas être connues, et qui par cette raison ne donneraient pas leur argent en échange d'une action nominative, mais qui prendront volontiers une action au porteur, laquelle leur tiendra lieu de l'argent qu'elles auront donné en retour.

Toutefois, la forme au porteur, à raison précisément de l'anonyme qu'elle confère, de l'absence de toute responsabilité même morale qui en résulte pour ceux qui sont porteurs, a paru suspecte aux auteurs de la nouvelle loi sur les commandites par actions. Ils ont craint qu'elle ne servît à favoriser des manœuvres peu loyales, à couvrir des surprises, même des fraudes, et ils ont voulu que les actions ne pussent se produire sous cette forme qu'autant qu'elles seraient complétement libérées. « Les actions des sociétés en commandite, dit l'art. 2, sont no-« minatives jusqu'à leur entière libération. » C'est une restriction au principe de la liberté des conventions et à la législation antérieure.

Il me reste à signaler une conséquence, qui mérite d'être remarquée, de la cessibilité des actions, une conséquence qui les distingue profondément de l'intérêt, et qui, en même temps qu'un avantage, constitue un des graves inconvénients des sociétés où cette cessibilité existe.

Les actions ont cela de commun avec l'intérêt qu'elles sont susceptibles d'un mouvement de hausse et de baisse ; et, quand à cette circonstance vient se joindre la possibilité d'une cession rapide, instantanée, c'est là un puissant attrait pour les financiers, pour les spéculateurs : car ils peuvent, comme je l'ai déjà dit, non-seulement faire mouvoir leurs fonds, successivement, simultanément, dans plusieurs entreprises diverses, les avoir

toujours sous la main, les retrouver, au moment où une occasion favorable se présente à eux, pour en profiter, mais encore bénéficier sur la hausse des actions, sur la plus-value qu'elles ont pu acquérir, en les vendant plus cher qu'ils ne les ont payées, à un taux plus ou moins supérieur à celui de l'émission, et s'affranchir ainsi de toute chance ultérieure de perte, — tandis qu'un associé qui n'a qu'un intérêt ne jouit pas de cet avantage, ne profite pas de la hausse : il ne peut bénéficier qu'autant que la société en fin de compte est prospère, qu'elle présente un excédant d'actif sur le passif.

L'action a donc, à cet égard, un avantage manifeste, une supériorité marquée, sur l'intérêt. Elle offre donc un attrait que ne saurait offrir l'intérêt.

Rendons ce contraste frappant par un exemple dont nous avons tous été témoins. En 1852, le taux des actions, et en général de toutes les valeurs de bourse, s'est élevé d'une manière sensible : il est monté presqu'au double de celui de leur émission. Les actionnaires ont pu profiter de ce mouvement de hausse pour vendre leurs actions à un prix très-avantageux : ils ont pu ainsi, en vendant à propos, doubler leur capital, réaliser un bénéfice que la baisse survenue depuis ne les a pas empêchés de conserver, qui leur a été définitivement et irrévocablement acquis par la cession opportune et fructueuse qu'ils ont faite de leurs actions. Au contraire, l'associé qui n'avait qu'un intérêt, c'est-à-dire un droit incessible, a pu sans doute contempler cette hausse avec satisfaction ; mais il n'a pas pu la mettre à profit pour réaliser un bénéfice quelconque. Pour lui, l'avantage résultant de la hausse a été purement nominal; et, comme aujourd'hui les actions sont descendues au taux, et même au dessous du taux, où elles étaient avant cette époque, il n'est pas plus avancé que si cette hausse exceptionnelle n'avait jamais eu lieu, il n'en est pas devenu plus riche d'un centime.

La différence entre la position de l'actionnaire et celle de l'associé qui n'a qu'un intérêt est donc, à cet égard, frappante; elle ne saurait être plus saillante, plus tranchée.

C'est là un avantage qu'offre la commandite par actions. Mais c'est là aussi un de ses inconvénients : elle permet à certains actionnaires de faire des dupes. Du moment qu'un actionnaire peut fonder ses chances de bénéfices, non pas sur la prospérité réelle, durable, de la société, mais sur la hausse des actions, de quelque courte durée qu'elle soit, il fera tout pour produire cette hausse ; et, quand même elle ne durerait qu'un jour, que dis-je? une heure, il en profitera pour vendre ses actions avec bénéfice ; et ceux qui les achèteront n'auront bientôt plus entre les mains que des titres dépréciés, qui vaudront infiniment moins qu'ils ne les auront payés : en un mot, ils seront dupes.

Voilà le danger, voilà l'inconvénient des sociétés par actions. Elles permettent à certains actionnaires de s'enrichir aux dépens des autres. Cet inconvénient est inséparable de cette forme de société : c'est la conséquence forcée de la cessibilité des titres, qui présente d'ailleurs de si grands avantages. Toutefois cet inconvénient, s'il n'est pas possible de l'éviter, on peut du moins l'atténuer par des dispositions sages et prévoyantes, en réprimant les moyens déloyaux qui seraient mis en œuvre pour produire une hausse factice, pour tromper les tiers et les associés sur la véritable situation de la société, en écartant des commandites, surtout au moment de leur formation, les gens qui n'y viendraient que pour spéculer sur les actions, en un mot, les joueurs à la hausse ou à la baisse. C'est là aussi ce que se sont proposé les auteurs de la nouvelle loi sur les commandites par actions, ainsi que je vais le montrer.

Nous avons maintenant à expliquer en détail les dispositions qui ont été, en 1856, introduites dans la législation des sociétés, et qui portent spécialement sur les commandites par actions. Mais, avant d'entrer dans cette explication, il faut prendre une idée générale de la loi nouvelle, et voir comment elle se rattache au Code de commerce.

Le Code de commerce avait complétement organisé la commandite par intérêt; il l'avait empruntée à la législation an-

cienne, à l'Ordonnance de 1673. Il avait, par une innovation hardie et heureuse, posé les bases de la commandite par actions; mais il s'en était tenu là. Il avait dit, dans l'art. 43 : « L'extrait doit contenir : Les noms, prénoms, qualités et de- « meures des associés autres que les *actionnaires* ou comman- « ditaires;... le montant des valeurs fournies ou à fournir *par* « *actions* ou en commandite... » (1). Et dans l'art. 38 : « Le « capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé « en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies « pour ce genre de société. » Voilà tout ce qu'on trouvait, dans le Code de commerce, sur la commandite par actions (2). Elle était donc reconnue, elle existait; mais, par suite du laconisme du Code de commerce, elle n'avait d'autre règle que les principes généraux du droit, et jouissait de la liberté qui appartient aux conventions en général : liberté qui ne reconnaît d'autres limites que celles tracées par la loi, par le respect dû aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Ce régime de liberté à peu près illimitée, sous lequel était placée la commandite par actions, avait eu de bons et de mauvais résultats. Il avait développé l'esprit d'association, multiplié les grandes entreprises, et c'était un bien; mais, en même temps, il avait surexcité l'esprit de spéculation, favorisé l'agiotage, et c'était un mal. Des abus s'étaient introduits dans les commandites par actions, des spoliations avaient été commises sous leur manteau ; des scandales, révélés par des débats judi-

(1) Il faut bien remarquer que cet art. 43, pas plus que l'art. 42, pas plus que l'art. 44, ne s'applique aucunement aux sociétés anonymes. La publicité des sociétés anonymes est réglée seulement par l'art. 45. Donc l'art. 43, quand il parle d'*actionnaires* et d'*actions*, se réfère bien réellement au cas d'une société en commandite.

(2) Il y a ici une singulière omission. M. Bravard n'avait pas présent à l'esprit l'art. 44, qui est ainsi conçu : « L'extrait des actes de société est « signé, pour les actes publics, par les notaires; et, pour les actes sous « seing privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, et « par les associés solidaires ou gérants, si la société est en commandite, « *soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.* »

ciaires, avaient vivement impressionné l'opinion publique. Il s'était manifesté, par suite, des préventions, une sorte d'irritation contre ces sociétés ; et, en 1838, le gouvernement, cédant à la pression de l'opinion publique, présenta aux Chambres un projet de loi qui supprimait la commandite par actions. Ce projet fut renvoyé à une commission, qui fit un rapport dans lequel elle concluait à l'adoption du projet, par conséquent à la suppression de la commandite par actions (1) ; mais le terme de la session arriva avant que ce rapport pût être discuté, et, à la session suivante, l'émotion dont ce projet avait été la suite s'étant calmée, il n'en fut plus question.

La commandite par actions, qui s'était vue à la veille d'être supprimée, continua de subsister, et resta purement et simplement comme précédemment, sous le régime de la liberté des conventions. Elle n'a éprouvé aucun changement, aucune modification jusqu'en 1856.

A cette époque, comme en 1838, des abus ayant été dévoilés, des scandales révélés, l'agiotage ayant pris des proportions excessives par suite de l'insuffisance de la législation sur les commandites par actions, le gouvernement sentit la nécessité de remédier à cet état de choses. Mais il ne commit pas la faute dans laquelle on était tombé en 1838, en voulant supprimer le droit pour prévenir l'abus. Il comprit que la commandite par actions devait être maintenue, que le commerce et l'industrie, au point où ils étaient parvenus, ne pouvaient s'en passer; mais qu'il fallait la préserver des atteintes que les abus dont elle avait fourni l'occasion pouvaient lui porter, du discrédit où ils pouvaient la faire tomber : car on n'était que trop disposé à la rendre responsable des abus, quoique ce fût en violation de ses règles et de ses principes qu'ils eussent eu lieu.

(1) Il y a ici une inexactitude : la commission de la Chambre des députés ne concluait pas à l'adoption du projet du gouvernement; à ce projet, qui avait huit articles, elle en substituait un autre, qui n'en avait pas moins de trente-six. Ce que le projet de la commission prohibait d'une manière absolue, c'était seulement la commandite par *actions au porteur*.

La loi de 1856 a donc eu pour but, en maintenant la commandite par actions, de la circonscrire dans des limites plus étroites, de lui laisser moins de latitude qu'elle n'en avait eu jusque-là, en un mot, de déroger au principe de la liberté des conventions qui était la seule règle à suivre jusqu'en 1856 (1). C'est donc une loi de rigueur, d'exception, en ce sens qu'elle déroge au droit commun, qu'elle restreint la liberté dont la commandite avait joui précédemment : elle en circonscrit l'action, elle en affaiblit la puissance. Aussi, sous l'empire de la loi nouvelle, on ne pourrait pas réunir, à beaucoup près, au moyen de la commandite par actions, des capitaux aussi considérables que sous la législation antérieure. Depuis la nouvelle loi, le nombre des commandites par actions a beaucoup diminué, et l'importance des entreprises faites en commandite s'est beaucoup amoindrie. Mais il était impossible qu'il en fût autrement, dès qu'on voulait supprimer les abus qu'avait produits la liberté illimitée laissée à la commandite : car il fallait porter atteinte à ce qui faisait la puissance de ces sociétés, à ce qui favorisait aussi les abus, la liberté laissée aux fondateurs.

Ces restrictions, ces entraves étaient salutaires sans doute, nécessaires même. Mais ce ne sont pas moins des entraves et des restrictions, et, par conséquent, des causes d'affaiblissement pour la commandite, qui a perdu une grande partie de sa puissance.

Voilà une notion générale qui domine toutes les dispositions de détail de la loi de 1856. Maintenant, disons un mot de l'économie de cette loi.

Elle comprend des dispositions de trois sortes :

1° Des dispositions qui restreignent la liberté dont les fondateurs des sociétés en commandite par actions avaient joui jusqu'à cette loi, ou qui complètent la législation antérieure;

(1) Voici un témoignage assez imposant que l'on peut invoquer en faveur du système du législateur de 1856 : la plupart des dispositions de notre loi sur la commandite par actions ont été adoptées par les rédacteurs du *Code général de commerce allemand*, dont la publication n'est pas encore complétement terminée au moment où j'écris ces lignes.

2° Des dispositions tout à fait nouvelles et qui ont pour but de prononcer des peines proprement dites contre des faits qui jusque-là n'entraînaient aucune pénalité;

3° Des dispositions relatives à la marche à suivre quand il s'élève des contestations où les commanditaires ont un intérêt collectif et commun à soutenir.

Cela posé, occupons-nous, en premier lieu, des restrictions apportées à la liberté de fonder et d'organiser à son gré des sociétés en commandite par actions; — et d'abord des restrictions relatives à la constitution même de la société.

La première restriction se rapporte au taux des actions.

Sous l'empire du Code de commerce, il était permis aux personnes qui formaient une société en commandite par actions d'adopter pour les actions le taux qu'elles voulaient, de le fixer aussi haut ou aussi bas que bon leur semblait, sans aucun égard au plus ou moins d'importance du fonds social. Il y avait des actions de 100 francs, de 50 francs et même d'un taux inférieur (1). Cette modicité du taux des actions les avait mises à la portée d'un très-grand nombre de personnes, et elle donnait d'autant plus de facilité aux fondateurs des commandites d'obtenir des souscriptions. Elle avait contribué à multiplier extrêmement ces entreprises, que venaient alimenter les épargnes des simples artisans et jusqu'aux économies des domestiques. C'était là, sans doute, un avantage; mais, à côté, il y avait un inconvénient : ces petits capitalistes sont, en général, des gens peu éclairés, crédules, et les fondateurs des commandites abusaient de leur confiance, qu'ils exploitaient habilement pour faire des dupes. C'est pourquoi, en 1856, on a cru qu'il était nécessaire de fixer un taux légal pour les actions et de ne pas s'en rapporter, à cet

(1) « La faculté de fractionner indéfiniment le capital social a conduit à « émettre des coupons de la plus étrange exiguïté. Il y a des sociétés « dont les actions sont de 25 fr., de 15 fr., de 10 fr., de 5 fr.; on dit même « de 1 fr.... Les vraies sociétés ne comportent pas de pareils titres : ce ne « sont plus des actions, ce sont des billets de loterie. » (*Rapport de la commission du Corps législatif.*)

égard, aux parties. En conséquence, l'article 1er, paragraphe 1er, a décidé que les actions ne pourraient jamais être d'un chiffre inférieur à 100 francs, et que, si le capital social était de plus de 200,000 francs, le taux des actions devrait être de 500 francs au moins. En cela, on a peut-être été trop loin : car une entreprise dont le capital n'est que de 200 a 250,000 francs ne dépasse pas les proportions ordinaires, surtout dans les grandes places de commerce comme Paris, Lyon, Bordeaux, et imposer pour ses actions le chiffre de 500 francs, c'est les mettre au-dessus de la portée d'un grand nombre de petits capitalistes, par conséquent, entraver d'une manière excessive la formation de ces entreprises, diminuer outre mesure les ressources des commandites et en affaiblir la puissance. — Il est à remarquer, du reste, qu'il y a un *minimum* légal, mais qu'il n'y a pas de *maximum*.

— Une seconde restriction est relative à la forme de l'action. L'action ne peut être *au porteur* qu'autant qu'elle est complétement libérée, tandis qu'antérieurement l'action pouvait être *au porteur* dès l'origine.

Il y a trente ans, on soutint, en première instance et en appel (1), que la forme au porteur était incompatible avec le principe fondamental de la commandite, la défense faite aux commanditaires de prendre part à la gestion. « Cette prohibition, disait-on, pourrait être facilement éludée si les commanditaires pouvaient avoir des actions au porteur : car, l'action se transmettant sans qu'il reste trace de sa transmission, le commanditaire pourrait, sans qu'on connût sa qualité, faire des actes de gestion ; ou bien, sa qualité de commanditaire étant connue, il pourrait toujours prétendre qu'elle n'existait plus, par suite de la cession qu'il avait faite de son action ; et comment lui prouver le contraire ? »

(1) Voy. la consultation délibérée par MM. Dupin aîné et Persil (affaire *Armand Lecomte*). Elle est rapportée dans l'ouvrage de M. Delangle, t. II, nº 501.

Voilà, sans doute, un argument assez spécieux contre les actions au porteur en matière de commandite. Mais il n'était rien moins que concluant. En effet, de ce qu'un commanditaire aurait fait un acte de gestion, même de ce que tous les commanditaires auraient fait des actes de gestion, il n'en résulterait pas que la société serait nulle ; il en résulterait seulement que la responsabilité personnelle et solidaire remplacerait la responsabilité restreinte et limitée : la commandite dégénérerait en société en nom collectif. Le Code de commerce (art. 27 et 28) a prévu ce cas, et il n'admet cette restitution de responsabilité, cette transformation des associés commanditaires en associés en nom collectif, qu'autant qu'ils ont fait acte de gestion, ou un acte équivalent; or, on ne peut pas étendre une disposition de ce genre, et l'appliquer par cela seul qu'il y aurait pour les commanditaires plus de facilité à faire des actes de gestion sans être connus, quoique rien ne démontrât que les commanditaires en eussent fait réellement (1).

Ainsi, l'argument des adversaires des actions au porteur n'avait pas de véritable valeur.

Au surplus, il était repoussé par le texte formel de l'art. 38, qui assimile complétement quant aux actions la commandite et la société anonyme. Dans l'une, comme dans l'autre, le capital peut être divisé en actions, et divisé de la même manière, soit quant au fond, soit quant à la forme; or, les actions au porteur ont toujours été admises dans les sociétés anonymes, cette forme y est la forme normale : elle doit donc aussi être admise dans les commandites. Seulement, dans ces dernières sociétés, il faut toujours qu'il y ait un élément personnel et responsable, lequel n'existe pas dans la société anonyme. C'est ce que l'art. 38 exprime par ces mots : « Sans aucune autre « dérogation aux règles établies pour ce genre de société. »

La question avait été jugée dans ce sens : la cause des actions

(1) Voy. la consultation de M. Devaux (du Cher), rapportée par M. Delangle, n° 502.

au porteur avait triomphé (1). Ces actions étaient admises sans conteste, lorsque la loi de 1856 fut rédigée. Les auteurs de cette loi ont pensé qu'il était nécessaire pour la sécurité des tiers et des actionnaires que les souscripteurs d'actions fussent soumis à une sorte de responsabilité morale, en se trouvant dans la nécessité de paraître, de se montrer, de figurer, en un mot, dans la société, tout au moins jusqu'à ce que l'action fût libérée. Voilà pourquoi ils ont dit dans l'art. 2 : « Les actions des sociétés « en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libéra- « tion » (2).

(1) Jugement du tribunal de commerce de Paris, du 14 août 1830, confirmé en appel par arrêt du 7 février 1832. — Un nouvel arrêt de la Cour de Paris, du 14 février 1833, juge même que, dans le cas où l'acte de société prescrit de notifier au gérant la transmission faite par l'actionnaire, la simple tradition suffit cependant pour investir le cessionnaire de la propriété.

Cependant des auteurs distingués (V. notamment M. Pardessus, n° 1033, et M. Bédarride, t. 1er, n° 340) avaient continué à soutenir la thèse de l'impossibilité des *actions au porteur* dans la commandite.

(2) « Personne n'ignore les abus auxquels a donné lieu le droit de créer « des actions dès l'origine d'une société. L'action au porteur, d'une négo- « ciation si facile, si prompte, qui ne laisse aucune trace de son passage, « se prête merveilleusement au jeu et à l'agiotage. Telle personne qui ne « voudrait pas mettre sa signature sur un papier décrié par l'opinion voit « ses scrupules s'évanouir quand son nom doit rester caché. Parmi tous « ces souscripteurs qui s'agitent à l'annonce d'une entreprise nouvelle, « combien n'y en a-t-il pas qui n'entrent dans la société que pour en sortir « le plus vite possible, qui courent après des bénéfices sans risque, qui « attendent tout de la prime des actions et rien de la société?... La loi se « proposant de diminuer l'agiotage et de constituer des sociétés sérieuses, « la disposition de l'art. 2 rentre dans son esprit. C'est surtout à l'origine « des sociétés qu'il faut saisir l'agiotage : car c'est alors que le charlata- « nisme agit avec succès. On est encore dans l'inconnu, dans la période « des illusions et des entraînements; plus tard, le capital sera versé, l'en- « treprise aura marché : on saura ce qu'elle produit. Or l'obligation d'être « en nom jusqu'au versement de tout le capital tend évidemment à éloi- « gner des sociétés tous ces actionnaires nomades qui, n'y apparaissant « que pour jouer sur les titres, n'apportent aussi à la société qu'un capital « factice et une ombre de vitalité. » (*Rapport de la Commission du Corps législatif.*)

La Cour de cassation a décidé (arrêt de la chambre criminelle, du 8 février 1861) qu'il est permis d'inviter publiquement à souscrire des actions

Il faut bien remarquer que les actions dans les compagnies de chemins de fer, qui sont des sociétés anonymes, sont affranchies de cette rigueur, qu'elles peuvent être au porteur quoiqu'une partie seulement, et une faible partie, du capital qu'elles représentent ait été versée. La commandite se trouve donc placée à cet égard dans une sorte d'infériorité vis-à-vis des sociétés anonymes fondées pour l'exploitation des chemins de fer. Il y a là une déviation du principe d'assimilation, consacré par l'art. 38, aussi bien quant à la forme que quant au fond, entre les actions des commandites et celles de la société anonyme. Du reste, la nécessité de conserver à l'action la forme nominative tant que l'action ne serait pas complétement libérée était un corollaire d'une autre disposition de la nouvelle loi, de la disposition qui rend les souscripteurs responsables du versement intégral du montant de l'action, nonobstant toute négociation (1).

— Une troisième dérogation au principe de la liberté des conventions est relative à la somme que chaque souscripteur est tenu de verser au moment de sa souscription.

Sous l'empire du Code de commerce, il était loisible aux fondateurs des commandites de n'exiger, au moment de la souscription des actions, que le versement d'une somme très-modique; et c'était un nouvel appât pour les souscripteurs, pour les spéculateurs surtout, qui ne prenaient des actions que pour les revendre, et en souscrivaient un nombre d'autant plus grand qu'ils avaient un versement plus modique à faire. C'est précisément pour cela que la nouvelle loi (art. 1er § 2) a voulu, comme condition préalable à la constitution de la société, que

dans une société en commandite projetée et de toucher, moyennant remise d'un récépissé provisoire, tout ou partie du montant de chaque action; qu'il n'y a point là émission d'actions d'une société non définitivement constituée; que, par conséquent, le récépissé provisoire, n'étant point une action, peut être au porteur, bien que la somme à verser pour chaque action n'ait pas été intégralement payée. J'aurai occasion de revenir sur cet arrêt.

(1) Art. 3 de la loi.

chaque actionnaire versât le *quart* au moins des actions par lui souscrites. Si donc l'action est de mille francs, il faudra que chaque souscripteur verse autant de fois 250 francs qu'il aura souscrit d'actions. C'est une garantie que ceux qui concourent à la formation des sociétés en commandite par actions sont des souscripteurs sérieux et non pas de simples joueurs à la hausse ou à la baisse ; c'est une garantie de moralité (1).

— J'arrive à une quatrième disposition de la loi nouvelle, qui, celle-là, n'est que la consécration d'un principe essentiel à la société en commandite par actions et à toute société, savoir : que la société ne peut pas exister tant que ses éléments ne sont pas complets. Cependant, on avait vu des fondateurs de sociétés, dès qu'ils avaient recueilli un certain nombre de souscriptions et encaissé les sommes versées par les actionnaires, constituer provisoirement la société, faire des opérations, s'allouer des appointements ; puis, quand ils ne pouvaient parvenir à compléter les souscriptions nécessaires pour couvrir le capital social, se borner à déclarer que la société n'avait pu se constituer. Pour prévenir cet abus, la nouvelle loi (art. 11) punit d'un emprisonnement et d'une amende le gérant qui commence les opérations avant que la société soit définitivement constituée (2).

— Un autre objet qui devait fixer particulièrement l'attention du législateur de 1856, c'était l'estimation des apports en nature : c'est surtout à cet égard que l'insuffisance des dispositions du Code s'était manifestée de la manière la plus évidente, la

(1) Dans le projet du gouvernement, le § 2 de l'art. 1er était ainsi conçu : « Elles (les sociétés en commandite) ne peuvent être définitivement consti- « tuées qu'après la réalisation, entre les mains des gérants, du quart au « moins de la partie du capital social qui consiste en numéraire. » Sur la proposition de la Commission, d'accord avec le Conseil d'État, cette disposition a été remplacée par la suivante : « Elles ne peuvent être définiti- « vement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital so- « cial et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant « des actions par lui souscrites. »

(2) Je reviendrai un peu plus loin sur cet art. 11, et j'indiquerai l'interprétation très-indulgente qu'en a donnée la Cour de cassation.

plus criante même. Des fondateurs de société, abusant de ce qu'ils rédigeaient eux-mêmes, comme ils le voulaient, l'acte de société, y avaient inséré des évaluations énormément exagérées de leurs apports ; il en était résulté une sorte de spoliation au préjudice des actionnaires : car la société s'était trouvée de la sorte débitrice de valeurs qu'elle n'avait pas reçues, et le fondateur recevait sans cause l'équivalent de ces prétendues valeurs. Il fallait donc prendre des mesures qui rendissent impossibles ces sortes de fraudes, de surprises ; mais il n'était pas facile de parvenir à en trouver d'efficaces et de praticables. En effet, il ne faut pas se placer, comme on le fait trop souvent, dans l'hypothèse où le fondateur aurait eu recours à des manœuvres frauduleuses pour amener les actionnaires à souscrire, à accepter comme réelles des valeurs fictives : car alors le droit commun suffisait pour faire justice de cet abus ; il autorisait une action en rescision, en dommages et intérêts (1). Il faut se placer dans l'hypothèse normale où le fondateur de la société s'est borné à insérer dans l'acte de société l'évaluation de son apport, à inviter le public à venir souscrire, en le prévenant que ceux qui souscriraient donneraient par cela même leur adhésion aux stipulations de l'acte de société dont ils pourraient prendre connaissance.

Voilà, en effet, comment les choses se passaient habituellement.

Ceux qui dans les circonstances qui viennent d'être indiquées avaient souscrit, pouvaient-ils ensuite contester l'exactitude des évaluations portées dans l'acte, être admis à prouver qu'elles étaient notablement exagérées et par suite en obtenir la réduction à la véritable valeur des apports ? C'est ce que des actionnaires avaient prétendu. Mais cette prétention ne pouvait pas être accueillie : car elle était par trop contraire aux principes du droit, à ce principe que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties qui les ont faites (2). Aussi avait-elle été écartée.

(1) Voy. les art. 1116 et 1382 du Code Napoléon.

(2) Notre loi considère la lésion comme ne viciant les conventions que

Cependant, on était en général assez disposé à se ranger du côté des actionnaires, à prendre parti pour eux. Pourquoi? Parce que, s'ils avaient contre eux le droit, ils avaient pour eux l'équité, quand il y avait lieu de regarder les évaluations comme exagérées, — parce qu'ils n'avaient pu exercer de contrôle efficace et qu'ils avaient été contraints à signer de confiance et en aveugles. Au moment de la souscription, chaque actionnaire ne peut, en effet, demander des modifications à l'acte de société; il peut seulement refuser de souscrire ou y consentir. Il ne peut pas contrôler et faire rectifier l'acte, en ce qu'il lui paraîtrait avoir de défectueux ou de dommageable pour les souscripteurs ou les actionnaires.

Il y avait donc là une difficulté sérieuse, dont il fallait, dans une loi sur les commandites par actions, se préoccuper et donner, si c'eût été possible, la solution. C'est ce que les auteurs de la nouvelle loi s'étaient efforcés de faire.

Dans le projet qui fut présenté au Corps législatif se trouvait une disposition qui autorisait les actionnaires à attaquer l'évaluation lorsqu'ils prétendraient qu'elle aurait été notablement exagérée, et, s'ils le prouvaient, à la faire réduire (1). Mais cet expédient ne pouvait pas être admis. Il était d'abord inconciliable avec ce principe de droit que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il était, d'ailleurs, contraire à la

dans des cas exceptionnels (Code Nap., art. 1118). Par conséquent, il est vrai de dire, en thèse générale, qu'une convention qui constitue une lésion même considérable pour l'une ou pour quelques-unes des parties, n'en est pas moins *légalement formée*.

(1) Art. 7 du projet du gouvernement : « Lorsqu'un associé a fait, dans « une société en commandite par actions, un apport dont la valeur réelle « était inférieure de plus de moitié à la valeur pour laquelle il a été mis « dans la société, tout intéressé peut demander, contre celui qui a fait l'ap- « port, la réparation du dommage à lui causé par l'exagération de cet « apport, sans préjudice de toute autre action pour fait de dol. Le gérant « qui a accepté l'apport peut être déclaré solidairement responsable du « montant des condamnations prononcées. — La demande n'est plus re- « cevable après l'expiration de deux années à compter de la publication « de la société. »

nature des choses : car il s'agit d'apports très-difficiles en eux-mêmes à évaluer, même dans le présent, et dont il est impossible de déterminer la valeur dans le passé, au jour de la formation de la société. Ainsi, admettre les actionnaires à contester après coup l'évaluation consignée dans l'acte de société, c'eût été méconnaître le droit des fondateurs de la société, de ceux qui avaient fait l'apport en nature, livrer les actionnaires à des difficultés insurmontables et mettre les juges dans l'impossibilité de prononcer en connaissance de cause. Tous les moyens de ce genre étaient donc inadmissibles; ils devaient être, et ils ont été écartés (1).

1) « La règle, en matière de droit commun, c'est que les conventions « sont la loi des parties. La loi y a dérogé pour les mineurs (art. 1305); « et jamais pour les majeurs, si ce n'est en cas de partage (art. 887), et en « cas de vente, mais seulement au profit du vendeur (art. 1671)... La légèreté « de ceux qui souscrivent des actions est quelquefois bien grande; mais il « est pourtant impossible que la loi les considère comme des mineurs, — « que le contrat de société soit l'équivalent d'un acte de partage, — et que « cet actionnaire qui apporte son argent dans une société, qui vient librement adhérer à ses statuts, soit traité comme le vendeur d'une propriété...

« Le projet offre une seconde nouveauté. L'action résultant de la lésion « n'est pas admise par nos lois quand il s'agit de meubles. On en donna « une raison décisive, lors de la discussion du Code : c'est que le prix des « meubles est changeant; c'est que, ces objets étant soumis à toute sorte « de variations de valeur, il serait impossible de trouver un terme de comparaison assez positif pour établir le prix juste et réel au moment du contrat. L'action serait ici une cause de trouble et d'inquiétude.

« Reportons-nous maintenant au contrat de société. Le Code Napoléon (art. 1833) laisse aux parties, en fait de mise sociale, la plus large latitude : « *Chaque associé*, dit-il, *doit apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou « une industrie.* C'est là une sphère immense : elle comprend, non-seulement toutes les choses matérielles, mais encore les facultés intelligentes « de l'homme, les inventions de son esprit, le travail de ses mains.

« Le projet ne distinguant pas entre les apports, il suit de là que l'action « porterait même sur l'apport mobilier. Et quel est le délai de cette action? C'est un délai de deux années.

« La Commission est aussi pénétrée que le gouvernement de la nécessité « d'un remède à des abus trop fréquents. Mais le remède ne doit pas être « un mal nouveau. Or c'est une carrière bien périlleuse que celle dans laquelle entreraient les sociétés. Saisissez, en effet, par la pensée tout ce « qu'un souscripteur mécontent, un concurrent jaloux, pourraient apporter d'entraves dans la marche d'une société! les procès avec leur scan-

Mais à quelle donnée s'attacher?

Il y avait une donnée, rationnelle et satisfaisante en elle-même, mais difficile à mettre en pratique, qui s'offrait naturellement à l'esprit; c'était d'exiger que dans les commandites par actions on procédât à peu près comme dans les commandites par intérêt, où ce genre d'abus ne s'est jamais produit. Comparons à ce point de vue les deux commandites.

Comment les choses se passent-elles dans la commandite par intérêt? Tout s'y fait en commun, en présence et avec le concours de tous les intéressés, avec leur consentement collectif et unanime. Donc tout se fait en parfaite connaissance de cause : il n'y a pas d'erreur, pas de surprise possible. — Au contraire, quand la commandite est par actions, le fondateur rédige l'acte de société en l'absence des actionnaires, qui n'existent pas encore. Il n'y a donc pas, à ce moment, de contrôle, de vérification; et il n'y en a pas non plus lorsque les actionnaires se présentent pour souscrire : car chacun d'eux, qui ne connaît pas plus les autres qu'il n'en est connu, se présente séparément. Leur intervention est donc ici successive, isolée, au lieu d'être, comme dans la commandite par intérêt, collective et simultanée. C'est là ce qui rendait faciles les exagérations dans l'évaluation des apports, et en assurait le succès. La certitude du succès contribuait beaucoup à encourager, à multiplier cet abus, dont on avait vu des exemples scandaleux.

Pour le faire cesser, il fallait donc substituer la présence collec-

« dale; les enquêtes et les expertises, avec leurs lenteurs, avec les pertes « qu'elles occasionnent; les jugements même, avec leur incertitude. Com- « ment apprécier, d'une manière sûre, à deux années de distance, la valeur « qu'on pouvait attacher, par exemple, à une industrie, au concours d'un « individu, à un procédé industriel, à une invention, lors de la formation « d'une société? L'*Exposé des motifs* répond que c'est possible. Nous le vou- « lons bien. Mais du moins on ne niera pas que cette action, inventée pour « ce souscripteur téméraire qui ne s'est pas donné la peine de s'enquérir, « ne soit une source intarissable de difficultés et de procès, et qu'elle ne « pèse autant sur les bonnes que sur les mauvaises sociétés. » (*Rapport de la Commission du Corps législatif.*)

La Commission était unanime pour repousser l'art. 7 du projet.

tive des actionnaires à leur intervention isolée. C'est aussi le résultat auquel on est arrivé dans la dernière loi (1). On a voulu qu'avant que la société pût se constituer définitivement, tous les actionnaires fussent convoqués en assemblée générale, afin de procéder à l'appréciation des apports en nature, à la vérification de l'évaluation qui en a été faite, — de sorte que, s'ils sont lésés, ils ne pourront s'en prendre qu'à eux. Dans cette première assemblée, on se bornera à des mesures préparatoires, on avisera au moyen de reconnaître la véritable valeur des apports en nature ; mais on ne pourra rien décider, ni approuver ni rejeter l'évaluation faite. Le législateur n'a pas voulu seulement donner aux actionnaires le moyen de s'éclairer, il a voulu encore leur laisser le temps de la réflexion. Cette première assemblée devra donc être suivie d'une seconde (2), dans laquelle l'évaluation des

(1) Un premier amendement de la Commission à l'art. 7 du projet était ainsi conçu :

« Lorsqu'un associé fait, dans une société en commandite par actions, « un apport en immeubles ou en valeurs autres que du numéraire, ou qu'il « stipule à son profit des avantages particuliers, l'évaluation de cet apport « et l'appréciation de ces avantages sont faites avant toute opération so- « ciale. — L'assemblée générale des actionnaires, convoquée à cet effet, « nomme une commission de contrôle, composée de trois membres. — Il « est adjoint à cette commission un ou plusieurs experts étrangers à la « société et nommés, à la requête de la partie la plus diligente et aux frais « de la société, par le président du tribunal civil. — Cette commission fait « un rapport sur lequel, en cas de désaccord, chaque membre doit expri- « mer séparément son opinion personnelle. Ce rapport est discuté dans « une nouvelle assemblée d'actionnaires. L'assemblée approuve ou rejette « l'apport, à la majorité des voix ; dans le cas d'approbation, la société est « définitivement constituée. — Le rapport de la commission de contrôle « est remis signé au gérant, pour être déposé dans les archives de la so- « ciété. Les procès-verbaux des deux délibérations sont annexés à l'acte de « société... »

Cet amendement, qui, comme le dit le rapporteur lui-même, offrait peut-être l'inconvénient de contenir des formes de vérification trop arrêtées, ne fut point accueilli par le Conseil d'État. La Commission crut devoir en appeler de nouveau à la sagesse de ce Conseil, et elle lui présenta un deuxième amendement : alors, d'un commun accord, fut adoptée une disposition qui est devenue l'art. 4 de la loi.

(2) La loi n'a pas dit qu'un certain délai devrait s'écouler entre les deux

apports devra être approuvée ou rejetée. Si elle est approuvée, la société pourra se constituer; si elle est rejetée, tout ce qui s'est fait se réduira à un simple projet, qui n'aura pas abouti et sera considéré comme non avenu. — On a ajouté, ce qui allait de soi, que l'associé qui fait l'apport n'aura pas voix délibérative, ne pourra pas prendre part au vote, puisqu'il serait juge et partie dans sa propre cause (1).

assemblées. On s'est demandé dans la pratique si elles pourraient avoir lieu le même jour. Il est impossible de répondre à cette question d'une manière absolue; les tribunaux doivent avoir à cet égard un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si l'on n'a pas cherché à éluder la disposition de l'art. 4.

(1) Que faut-il entendre précisément par ces expressions de la loi, *un apport qui ne consiste pas en numéraire?* Évidemment ce serait aller trop loin que de les appliquer, par exemple, à tous les cas où l'actionnaire a payé en effets commerçables : il serait absurde de prétendre que l'actionnaire qui verse, non des écus, mais des billets de la banque de France, doit faire vérifier et apprécier la valeur par l'assemblée générale. La Cour d'Agen a donc eu raison, dans son arrêt du 6 décembre 1860, de repousser une demande en nullité de société, demande fondée sur la violation de l'art. 4, dans une espèce où une partie des versements consistait en valeurs de portefeuille, en primes dues ou en coupons de reute : « Attendu, dit la « Cour, que, si plusieurs versements ont été faits en valeurs et non en nu- « méraire, il est constant que c'étaient des valeurs de portefeuille d'une « valeur égale à leur énonciation, qu'il ne faut pas confondre avec celles « dont s'occupe l'art. 4 de la loi du 17 juillet 1856, qui, à cause de leur « valeur incertaine et variable, doivent être préalablement soumises à la « vérification et à l'appréciation des actionnaires en assemblée générale. » (Dev.-Car., 61, 2, 299.)

Voici une décision importante de la Cour d'Aix (13 août 1860), qui se réfère également à l'art. 4 : Une société en commandite par actions avait été annulée, sur la demande de deux actionnaires, par le double motif que tout le capital n'avait pas été souscrit et que chaque actionnaire n'avait pas versé le quart de sa souscription. La nullité étant ainsi prononcée, les créanciers de la société poursuivent certains actionnaires non libérés, pour les faire condamner à verser le montant de leurs actions, non en nature, comme le portaient leurs bulletins de souscription, mais en espèces : ils fondaient leur demande sur ce que les défendeurs s'étaient tout au moins rendus complices de la faute du gérant, qui n'avait pas proposé la vérification des apports. Par jugement du tribunal de commerce de Marseille, du 6 juillet 1860, les défendeurs sont effectivement condamnés à payer en espèces le montant de leurs souscriptions; seulement, le tribunal leur réserve un recours en garantie contre les membres du conseil de

Reste à savoir comment les délibérations seront prises. Il est évident qu'on ne pouvait pas exiger l'unanimité : car il y aura toujours des actionnaires absents, et, parmi ceux qui seront présents, il y aura toujours des dissidents. Il fallait donc nécessairement se contenter d'une simple majorité. Mais comment et de quels éléments devra se composer cette majorité?

En principe pur, comme les actionnaires n'ont avec la société que des rapports pécuniaires, on ne devrait considérer que la somme représentée par chacun d'eux, abstraction faite du nombre des personnes, — de sorte que, si trois actionnaires représentaient par le chiffre de leurs actions plus de la moitié du capital social, ils formeraient à eux trois la majorité. Mais cette manière de calculer la majorité eût été trop favorable aux forts actionnaires, trop dommageable aux petits, qui auraient été à la discrétion des premiers. Il fallait donc, pour concilier leurs intérêts, tenir compte tout à la fois du nombre des actionnaires et de leur intérêt social. C'est aussi ce qu'a fait la loi nouvelle, qui exige une double majorité, en nombre et en sommes :

Pour la majorité en nombre, il faudra la moitié plus un de tous les actionnaires présents; il faudra, en outre, que cette majorité représente au moins le quart de tous les actionnaires, présents ou non. Si donc il n'y a que 200 actionnaires présents, et que le chiffre total des actionnaires soit de 500, il ne suffira pas que 101 des actionnaires présents consentent; il faudra l'assentiment de 125 : car, si 101 forment la majorité plus un des actionnaires présents, ils ne forment pas le quart de 500, qui est de 125.

Voilà pour la majorité en nombre.

Maintenant, comment sera composée la majorité en sommes?

surveillance. Mais, en appel, la Cour d'Aix, après avoir confirmé la condamnation prononcée contre les actionnaires, infirme la partie du jugement qui leur assurait un recours contre les membres du conseil de surveillance (Dev.-Car., 61, 2, 147). — On voit, d'après cela, combien il importe à l'actionnaire qui doit faire un apport en nature de veiller lui-même à ce que l'art. 4 de la loi nouvelle soit observé fidèlement.

Elle sera composée du quart du capital social. Si donc le capital social est d'un million, il faudra que les actionnaires consentants représentent, par le chiffre de leurs actions, 250,000 francs (1).

Nous avons ainsi expliqué un premier ordre de dispositions.

Passons à des dispositions d'un autre ordre.

Pour la commandite par actions il faudra, comme pour la commandite par intérêt, — et à plus forte raison, car elle s'adresse à un plus grand nombre de personnes, — des conditions de forme.

Le Code de commerce n'avait pas distingué à cet égard entre la commandite par intérêt et la commandite par actions. Il se contentait, pour l'une comme pour l'autre, d'un acte sous seing privé et de la publication par extrait de cet acte. Cette formalité, en effet, peut suffire quand la commandite est par intérêt : car la publication n'importe alors qu'à une seule classe de personnes, aux créanciers futurs de la société; et ils trouvent dans l'extrait toutes les indications qu'ils ont besoin de connaître, savoir : la raison de commerce de la société, — la désignation de ceux des associés qui sont autorisés à gérer, administrer et signer pour la société, — le montant des valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires, — l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir (2).

Mais, quand la société est par actions, il y a d'autres personnes, il y a une autre classe d'intéressés, pour lesquels les indications contenues dans l'extrait ne suffisent pas, à qui il importe de connaître l'acte entier : ce sont les cessionnaires futurs d'actions. On comprend, en effet, qu'en acquérant une action, ils se sont substitués au titulaire originaire, au souscripteur, et soumis, comme lui, à toutes les clauses et conditions de l'acte de société : il faut donc qu'ils aient un moyen de les con-

(1) Art. 4 § 3 : « Les délibérations sont prises par la majorité des ac-« tionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des action-« naires et représenter le quart du capital social en numéraire. »

(2) Voy. l'art. 43, qui, du reste, a déjà été expliqué.

naître, et qu'elles ne puissent être, à leur détriment, changées ou modifiées après coup. C'est à quoi les rédacteurs du Code de commerce, qui s'étaient bornés à poser le principe de la commandite par actions, n'avaient pas pourvu.

C'était une lacune que les auteurs de la nouvelle loi ne devaient pas laisser subsister. Ils avaient à choisir entre deux moyens : la publication de l'acte entier, le dépôt chez un notaire. La publication aurait entraîné des frais; elle aurait d'ailleurs été contraire à la nature de la commandite, qui est, en même temps qu'une société de crédit, une société de capitaux, en même temps qu'une société de personnes, une société de choses. Ce moyen devait être et a été écarté. On lui a préféré l'authenticité de l'acte; et encore, pour ne pas exposer les fondateurs à des frais inutiles, on n'a pas exigé que l'acte fût, dès l'origine, revêtu de la forme authentique. On ne sait pas, en effet, s'il sera possible de remplir les conditions exigées pour la constitution de la société : dès lors, pourquoi ferait-on d'abord les frais d'un acte authentique? La nouvelle loi ne l'exige pas. Mais, quand toutes les autres conditions exigées auront été remplies, que le capital social aura été souscrit en entier, et que le versement du quart du montant de chaque action aura été effectué, cette souscription et ces versements devront être constatés par une déclaration en forme notariée et faite par le gérant (art. 1er § 3). A cette déclaration devra être annexé, avec la liste des souscripteurs et l'état des versements, l'acte de société, s'il est sous seing privé (même art. 1er § 4). Il deviendra donc authentique *ex post facto*, et le but sera ainsi atteint sans qu'on ait eu à faire une avance de frais qui auraient pu être perdus (1).

(1) Le projet du gouvernement se bornait à exiger que l'on constatât par acte notarié *la réalisation, entre les mains des gérants, du quart de la partie du capital social qui consiste en numéraire.* Voici comment s'exprime à cet égard le rapport de la Commission du Corps législatif : « Le projet « de loi prescrivait que la réalisation fût constatée par acte notarié. Cette « disposition, qui imposait à l'officier public des recherches, souvent difficiles dans la pratique, et dont sa responsabilité aurait pu s'inquiéter,

Voilà, et quant au fond, et quant à la forme, toutes les conditions requises pour la constitution des sociétés en commandite par actions. Mais, la société constituée, il y a une condition complémentaire à remplir, qui n'est pas moins indispensable, car elle est exigée à peine de nullité (1) : c'est la nomination d'un conseil de surveillance.

Cette nomination doit se faire avant toute opération sociale, sous peine, contre le gérant, d'emprisonnement et d'amende (art. 11 § 2). C'est donc une condition requise, sinon pour l'existence virtuelle de la société, car elle peut se constituer sans cela, du moins pour son existence commerciale, active, puisqu'elle est réduite à l'impuissance d'agir avant l'accomplissement de cette formalité.

Aux termes de l'art. 5 § 2, la nomination du conseil de surveillance se fera dans une assemblée générale des actionnaires, qui devront ainsi être convoqués une troisième fois (2).

Ce conseil de surveillance est exigé, sans distinction, pour toutes les commandites par actions, que leur capital soit fort ou faible, inférieur ou supérieur à 200,000 fr. Il est d'une nécessité absolue.

De quelle manière se fera la nomination? Par la majorité en nombre, sans qu'il soit besoin d'une majorité en sommes. De plus, on se contente de la majorité en nombre des actionnaires présents, quand même ils ne formeraient pas le quart de la to-

« nous a paru être remplacée utilement par une nouvelle rédaction. Nous « avons proposé que le versement préalable du quart et la souscription « fussent l'objet d'une déclaration notariée par le gérant, qui serait tenu d'y « joindre la liste des souscripteurs et l'état des versements. C'est à la fois « une preuve à l'appui de la sincérité de la déclaration, et un document « important, en cas de poursuite des premiers souscripteurs pour défaut de « paiement des actions. Nous avons pensé enfin qu'il convenait de laisser « aux fondateurs de sociétés toute liberté de rédiger les statuts sociaux, « soit par actes privés, soit devant notaires; mais que, dans l'intérêt des « actionnaires, le dépôt de l'acte était indispensable. Le Conseil d'État a ad- « mis tous ces amendements. »

(1) Cela résulte des art. 5 et 6 de la loi.

(2) Voy., ci-dessus, p. 282.

talité des actionnaires. On est donc moins exigeant pour cette nomination que pour l'évaluation des apports (1).

De combien de membres sera composé le conseil de surveillance? De cinq membres au moins, dit l'art. 5 § 1er. Donc, quel que soit le capital de la commandite, le nombre des membres du conseil de surveillance ne pourra jamais être inférieur à cinq.

Parmi quelles personnes seront pris les membres du conseil de surveillance? Parmi les actionnaires (2).

(1) L'art. 5 ne contenant rien de semblable au § 3 de l'art. 4, mais se bornant à dire que le conseil de surveillance est nommé *par l'assemblée générale des actionnaires*, nous rentrons ici dans le droit commun. Or le droit commun, c'est que les décisions d'une assemblée sont prises à la majorité des membres dont cette assemblée se compose.

(2) Il n'est pas impossible que le nombre des actionnaires soit seulement de cinq, même de quatre, de trois ou de deux : alors tous les actionnaires composeront de plein droit le conseil de surveillance. On a même plaidé, devant le tribunal de commerce de Marseille et devant la Cour d'Aix, à propos d'une société en commandite dont toutes les actions avaient été souscrites par un seul et même individu : on demandait à la justice de prononcer la nullité de la société, conformément à l'art. 6 de la loi de 1856, aucun conseil de surveillance n'ayant été et n'ayant pu être constitué. Le tribunal, avec grande raison, a repoussé cette demande : « Attendu, dit-il, « que la société Pascal et Cie n'a compris d'abord que deux person- « nes, que les actions sont nominatives, qu'aucun transfert n'a été dé- « noncé au gérant, — que la société se réduit encore à ses deux souscripteurs « primitifs, l'hoirie Pecoul étant encore indivise ; que, dans cet état, il n'a « pas été possible d'exécuter la loi du 17 juillet 1856, dont l'art. 5 exige « que le conseil de surveillance soit composé de cinq actionnaires au moins ; « — Attendu qu'on ne saurait faire résulter de cette impossibilité que l'exis- « tence de la société Pascal et Cie, telle que cette société se trouve « constituée, est en contradiction avec la loi : car ce serait admettre que « cette loi a prohibé les sociétés en commandite par actions de moins de « cinq personnes ; — Que cette interdiction ne pourrait être imposée que par « un texte formel ; que telle n'a pas été l'intention du législateur, qui n'a « eu d'autre but que de protéger les actionnaires membres des sociétés en « commandite ; que, lorsqu'il n'y a qu'un commanditaire, il n'a pas besoin « d'être représenté par un conseil ; qu'il peut exercer lui-même et directe- « ment la surveillance à laquelle il est intéressé ; que les dispositions invo- « quées de la loi du 17 juillet 1856 recevraient donc une fausse application « si on leur faisait régir le cas de ce procès, pour lequel elles n'ont pas été « faites. » Et la Cour d'Aix, par son arrêt du 18 novembre 1857, a confirmé purement et simplement cette décision (Dev.-Car., 58, 2, 473).

Toutes ces dispositions constituent des innovations à la législation antérieure. Sous l'empire du Code, on était libre de nommer ou de ne pas nommer un conseil de surveillance, — de le composer comme on voulait, de tel nombre de membres qu'on jugeait convenable, d'y appeler des personnes même étrangères à la société, et c'est ce qu'on ne manquait guère de faire. Dans toutes les commandites un peu importantes, on avait soin de faire figurer dans le conseil de surveillance quelque notabilité commerciale, industrielle ou politique, notabilité qui, le plus souvent, n'avait aucun intérêt dans la société, et n'exerçait en réalité aucune surveillance, aucun contrôle. C'était un abus; et, pour y remédier, les auteurs de la nouvelle loi ont exigé que les membres du conseil de surveillance fussent actionnaires. De sorte que, si un membre de ce conseil cédait toutes ses actions, il ne pourrait plus en faire partie, il serait forcément démissionnaire, et il faudrait procéder à son remplacement (1).

Pour combien de temps les membres du conseil seront-ils nommés? Pour cinq ans au plus. Ils ne pourront pas être nommés pour une durée plus longue, mais ils pourraient l'être pour une durée moindre (art. 5 § 3). — Toutefois, pour la pre-

(1) Qu'arriverait-il si un individu étranger à la société était nommé membre du conseil de surveillance et acceptait cette fonction ? Il faudrait le considérer comme souscrivant par là même pour une action au moins. Je dis *pour une action au moins :* car il est possible qu'on dût même le considérer comme ayant souscrit pour plusieurs. Cela se présenterait si une clause des statuts portait que, pour être membre du conseil de surveillance, il faut posséder au moins tant d'actions. La question a été jugée en ce sens par la Cour de Paris (arrêt du 16 avril 1861), à propos d'une société constituée avant la loi de 1856 :

« Considérant, dit la Cour, qu'aux termes de l'art. 29 de l'acte constitu-« tif de la société, nul ne pouvait être membre du conseil de surveillance « qu'à la condition de posséder cent actions de la société ; — Qu'il ressort « de l'acte notarié du 16 janvier 1856 qu'en conformité de l'art. 29 des sta-« tuts le gérant a déclaré que le conseil de surveillance définitif se trouvait « composé de cinq membres souscripteurs, et que cette déclaration, faite « en présence de M. et de L., a été acceptée par eux ;... — Qu'il s'ensuit « que M. et L. sont redevables envers la société du prix de cent actions « chacun... » (Dev.-Car., 61, 2, 414).

mière formation du conseil, comme les actionnaires ne se connaissent pas encore, les nominations ne se feront que pour un an (1).

Enfin, les membres du conseil de surveillance seront indéfiniment rééligibles.

Voilà le système de la nouvelle loi quant au conseil de surveillance (2).

Je dois encore faire remarquer ici que, pour les commandites par actions, il faudra remplir exactement les mêmes conditions de publicité que pour les commandites par intérêt. Les art. 42 et 43 sont applicables aussi bien aux unes qu'aux autres (3).

(1) Ceci a été ajouté sur la proposition de la Commission du Corps législatif.

(2) Nous étudierons un peu plus loin les attributions de ce conseil.

(3) L'art. 43, comme on l'a déjà remarqué, se réfère explicitement à la commandite par actions.

— J'ai déjà eu l'occasion de citer (ci-dessus, p. 283) un jugement du tribunal de commerce de Marseille, en date du 6 juillet 1860, confirmé en partie par l'arrêt de la Cour d'Aix du 13 août suivant. Le tribunal et la Cour après lui admettent, au profit des créanciers de la société, une action directe contre les actionnaires, en paiement des sommes restées dues sur le montant des souscriptions. Et voici comment est motivée cette action directe : « Attendu, en droit, que, sur l'action des créanciers contre les « actionnaires, et antérieurement à la loi du 17 juillet 1856, la jurispru- « dence s'était prononcée en ce sens que, lorsqu'une société était en fail- « lite ou en liquidation et que les liquidateurs n'en acquittaient pas les « dettes, les créanciers avaient une action directe contre chaque actionnaire « en versement du montant de ses actions, pour le paiement de ce qui leur « était dû à eux-mêmes; que la loi du 17 juillet 1856 n'a apporté aucune « modification aux dispositions du Code de commerce sur la publicité des « sociétés à l'égard des tiers, mais qu'elle a laissé subsister toutes les dis- « positions sur lesquelles était fondée l'ancienne jurisprudence » (Dev.-Car., 61, 2, 147).

— Aux termes de l'art. 42, l'extrait des actes de société doit être remis au greffe dans la quinzaine de leur date; dans la même quinzaine, l'extrait doit être inséré dans un ou plusieurs journaux; enfin un exemplaire du journal qui contient l'insertion, certifié par l'imprimeur et légalisé par le maire, doit être enregistré dans les trois mois de sa date. Toutes les fois que la société se trouve déjà constituée à la date de l'acte de société, il ne sera pas difficile de se conformer exactement à ces différentes prescriptions :

Maintenant, supposons que la société s'est constituée, et qu'il a été procédé à la formation du conseil de surveillance. Il semble que le législateur n'avait plus rien à faire, et que la société

l'observation des délais n'aura rien d'embarrassant. Mais, sous l'empire de la loi de 1856, il arrivera constamment que la société ne sera pas encore constituée au moment où l'on dressera l'acte de société : en effet, d'une part, la société n'est définitivement constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social, le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites, et l'approbation par une assemblée générale de l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers stipulés au profit de tel ou tel associé; d'autre part, avant que tous ces faits ne soient accomplis, les statuts sociaux auront été rédigés par-devant notaires ou sous seing privé. En cas pareil, quel doit être le point de départ de la quinzaine dont parle l'art. 42? Est-ce le jour où l'on a dressé l'acte de société ? n'est-ce pas plutôt le jour où la société, définitivement constituée, peut commencer ses opérations? La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Un acte de société en commandite par actions est rédigé sous seing privé et déposé chez un notaire, le 12 juin 1857; cinq jours après, extrait de cet acte est remis au greffe et inséré dans le journal désigné par le préfet ; mais l'exemplaire du journal n'est pas enregistré dans les trois mois de sa date. C'est alors qu'un actionnaire, poursuivi par le gérant en paiement du montant de sa souscription, oppose la nullité de la société, en invoquant l'art. 42 du Code de commerce. Jugement du tribunal de commerce d'Agen (28 janvier 1858) qui proclame en effet la nullité, et arrêt du 10 mars suivant, qui confirme cette décision. Voici comment cet arrêt est motivé :

« .... Attendu que l'on prétend vainement que l'acte de société du « 12 juin 1857 n'avait pas encore besoin d'être publié, puisqu'il ne présen- « tait que le caractère d'un simple projet et que la société n'était pas défi- « nitivement constituée, d'après l'art. 1er de la loi du 17 juillet 1856, tant « qu'il n'y avait pas eu souscription de la totalité du capital social et que le « versement du quart des actions n'était pas effectué, ce qui se rencontrait « dans l'espèce ; — qu'en effet la loi du 17 juillet 1856 n'a en rien abrogé ni « modifié l'art. 42 du Code de commerce, qui exige impérieusement et « d'une manière absolue la publication de l'extrait de tous actes de société « en nom collectif ou en commandite dans la quinzaine de leur date ; que, « ne s'étant pas occupée de la publicité des associations commerciales, la loi « de 1856 s'en est nécessairement référée à l'art. 42 ; que, s'il en était autre- « ment, il n'existerait plus aucun délai pour publier les sociétés en com- « mandite, et on retomberait dans tous les abus et tous les désordres qu'a- « vait produits l'Ordonnance de 1673 à ce sujet par son silence et dont on « a voulu surtout empêcher le retour ; que, loin de diminuer les sûretés « dues aux tiers et aux actionnaires, la loi de 1856 en a au contraire établi « de nouvelles, et pris des mesures très-énergiques pour rendre les socié-

devait rester livrée à elle-même et libre de ses mouvements, puisqu'elle avait rempli toutes les formalités et conditions jugées nécessaires à son existence et à son activité commerciale.

« tés en commandite plus sérieuses et plus honnêtes, pour déjouer et pu-
« nir sévèrement toutes les combinaisons déloyales et réduire à l'impuis-
« sance la fraude et la mauvaise foi ; que c'est dans ce but de moralité et de
« protection pour les actionnaires qu'a été mis dans la loi de 1856 l'article
« sus-énoncé, dont on voudrait aujourd'hui se faire une arme contre les
« souscripteurs, contre ceux-là mêmes en faveur desquels il a été introduit,
« ce qui est inadmissible.... » (Dev.-Car., 58, 2, 335).

Je reconnais que cette décision peut paraître conforme au texte de la loi. Mais j'ajoute immédiatement qu'il ne me semble pas possible de la justifier rationnellement : en d'autres termes, je crois que la loi de 1856 a implicitement abrogé pour partie l'art. 42 du Code de commerce. Les *considérants* que je viens de transcrire se réduisent à deux propositions, qu'il me paraît facile de réfuter :

1° *Si l'on ne s'en tient pas à l'art. 42, il n'existe plus aucun délai pour faire la publication.* C'est là une assertion purement gratuite. Le délai de quinzaine existe toujours ; c'est seulement le point de départ qui est changé. Du reste, rien d'arbitraire quant à la fixation de ce point du départ. Il n'est pas nécessairement à la date de l'acte de société ; il ne doit pas être antérieur au jour où la société est définitivement constituée. Donc ce sera, en général, la date de la déclaration notariée faite par le gérant conformément à l'art. 1er § 3 ; ou, s'il y a des apports en nature, des avantages particuliers au profit de quelque associé, la date de l'approbation donnée par l'assemblée générale conformément à l'art. 4.

2° *La loi de 1856 a voulu rendre les commandites plus sérieuses et plus honnêtes, elle a voulu protéger les actionnaires et les tiers.* J'admets parfaitement cette donnée générale ; mais je dis qu'en prenant comme point de départ du délai de quinzaine le moment où la société est définitivement constituée, on pourvoit suffisamment, raisonnablement, à l'intérêt de tous ceux qui traitent avec les gérants. En effet, il n'est pas un homme doué de la prudence même la plus ordinaire qui veuille se mettre en rapport avec une société sans prendre certains renseignements. Si les renseignements dont il a besoin ne sont pas encore rendus publics, ou bien il se les fera donner par le gérant, ou bien, au cas où il ne serait pas édifié, il attendra la publication. De sorte qu'il est de l'intérêt de la société elle-même, afin qu'elle puisse commencer réellement ses opérations, de faire la publication dès l'instant où la loi lui permet de les commencer. Avant la loi de 1856, dès que l'acte de société était dressé, la société pouvait commencer ses opérations : alors la publication devait être faite dans la quinzaine à partir de ce moment ; aujourd'hui, les opérations ne pouvant commencer qu'à une date postérieure, c'est seulement à partir de cette date postérieure que doit courir le délai de quinzaine. Il ne faut pas oublier, du reste, que

Cependant, c'est à ce moment que les auteurs de la nouvelle loi ont multiplié les précautions et les restrictions. Nous trouvons ici la partie de la loi nouvelle qui, en principe du moins, peut paraître la moins satisfaisante et qui présente le plus de difficultés.

Supposons qu'après toutes les formalités remplies, les actions ont été délivrées aux actionnaires, aux souscripteurs. Pourront-ils les céder, les négocier? Ils pourront, sans doute, les transmettre par les modes que reconnait le droit commun : succession, testament, donation, transport signifié ou accepté. S'il n'était pas transmissible, le titre ne constituerait pas une action : cette transmissibilité est donc une conséquence forcée de la nature du titre.

Mais pourra-t-on *négocier* ce titre, c'est-à-dire le céder d'après les modes rapides qui en font une valeur de circulation? Aux termes de l'art. 3 § 2 de la nouvelle loi, les actions ne seront négociables qu'autant que le versement des deux cinquièmes aura eu lieu. On se contente du versement du quart pour la constitution de la société; mais, pour que l'action soit négociable, il faut un second versement qui, joint au premier, doit s'élever aux deux cinquièmes du montant de l'action. Si donc l'action est de 1,000 fr., il faudra, outre les 250 fr. versés au moment de la souscription, faire un second versement de 150 fr., ce qui formera 400 fr. et représentera les deux cinquièmes de l'action (1).

cette publication est prescrite exclusivement dans l'intérêt des tiers, bien que le défaut de publication puisse être invoqué même par les actionnaires. (V. ci-dessus, p. 190 et suiv.; aj. p. 285 et suiv.)

En résumé, il sera toujours bon de faire la publication sans retard, dès que l'acte de société aura été dressé, quoiqu'il soit possible que la société qu'il constate ne prenne jamais naissance. Mais, dans mon opinion, on est en règle par cela seul qu'on l'a faite dans la quinzaine du jour où la société est *définitivement constituée*. Et la Cour de cassation est évidemment entrée dans cet ordre d'idées lorsqu'elle a jugé que l'art. 2 de la loi nouvelle n'est pas applicable avant ce même jour (*supra*, p. 275, note 2 *in fine*).

(1) « La loi n'atteindrait pas son but si elle laissait une liberté complète « pour la négociation des titres. Reproduisant des dispositions analogues « qui sont écrites dans les lois du 15 juillet 1845 et du 10 juin 1853 relati- « vement aux actions des chemins de fer, le projet veut que les actions des « commandites ne soient négociables qu'après le versement des deux pre-

— Ce second versement sera effectué à une époque plus ou moins postérieure à la formation de la société, et jusque-là l'action ne sera pas négociable. Or, quand on ne peut les négocier, les actions perdent toute leur valeur commerciale, et c'est là, par conséquent, un amoindrissement de la puissance de la commandite, une altération de son principe. On a voulu empêcher le jeu dans les premiers temps qui suivent la formation de la commandite. C'est un avantage, sans doute; mais il est atténué par un inconvénient, plus grave encore peut-être.

Cependant, on ne s'en est pas tenu là. Supposons que les deux cinquièmes aient été versés : les actions seront négociables; mais quelle sera la position de celui qui les aura négociées? Elle restera, vis-à-vis de la société, la même après qu'avant. La circonstance qu'il a négocié son titre ne change pas les rapports du souscripteur avec la société : ces rapports restent à peu près les mêmes que si l'action n'avait pas changé de mains, car le souscripteur est toujours débiteur envers la société du montant intégral de l'action. On voit donc que la faculté de négocier les actions ne sera véritablement complète, que les actionnaires n'en jouiront pleinement, qu'après que l'action sera totalement libérée; et c'est là une altération bien plus marquée du principe de la commandite par actions.

Mais, pour bien apprécier les dispositions de la nouvelle loi à cet égard, il faut voir comment les choses se passaient sous l'empire du Code.

Jusqu'à la loi de 1856, les actionnaires pouvaient, dès que leurs actions leur étaient délivrées, les négocier, et, par cette négociation, ils s'affranchissaient de toute responsabilité envers la société. L'action passait au cessionnaire avec les avantages et

« tiers cinquièmes. — Votre Commission ne pouvait que donner son « assentiment à cette disposition. Elle entend, comme l'*Exposé des motifs*, « que la loi ne frappe pas ces actions d'une indisponibilité absolue. Elles « peuvent être cédées par tous les modes qu'autorise le droit civil; ce que « la loi interdit, c'est la négociation, c'est la transmission par la voie com- « merciale » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

les charges qui y étaient attachés, et c'était désormais à ce cessionnaire que le versement de la somme restant due devait être demandé. Le cédant devenait entièrement étranger à la société, était quitte envers elle. — Cependant, on avait soutenu qu'il restait toujours débiteur personnel de la somme due sur le montant de l'action. Cette prétention s'était produite devant les tribunaux, qui avaient eu à l'apprécier; la Cour d'appel de Paris l'avait condamnée et déclarée mal fondée. On s'efforçait, néanmoins, de la justifier par un argument, juste en soi, mais inapplicable à l'espèce, par cette règle de droit que nul ne peut s'affranchir par son propre fait d'un engagement qu'il a contracté. On perdait de vue que l'engagement du souscripteur n'était pas un engagement ordinaire, qu'il était subordonné à la nature du titre auquel il s'appliquait, et que ce titre, étant une action, impliquait l'absence de toute relation, de toute considération de personnes, n'impliquait que des rapports purement pécuniaires, que c'était l'action seule qui était débitrice de la somme qu'elle représentait. On ne pouvait s'en prendre qu'à elle, c'est-à-dire qu'à celui qui la détenait, et non à celui qui l'avait souscrite et qui avait cessé de la posséder.

C'est en ce sens que la question avait été jugée par la Cour d'appel de Paris (1).

(1) Arrêt du 22 mai 1852 : « Considérant, en droit, qu'en matière de so-« ciété par actions transmissibles par la simple volonté des actionnaires, « c'est l'action qui est seule responsable vis-à-vis de la société; que, de « même que le porteur de l'action seul a droit aux bénéfices de la société, « il est seul passible des charges; — Qu'à cet égard la société ne peut pas « distinguer entre les bénéfices et les charges antérieurs à la transmission, « pour faire profiter l'ancien actionnaire des uns au préjudice du cession-« naire, ou lui faire subir, à l'avantage de celui-ci, les pertes antérieure-« ment essuyées par la société; — Qu'en fait d'actions transmises le ces-« sionnaire devient le successeur *in universum jus* du cédant, et est « substitué, par le fait de la cession, au lieu et place de ce dernier, au « moins vis-à-vis de la compagnie; — Que si celle ci peut avoir à souf-« frir d'un pareil ordre de choses, elle ne peut imputer qu'à elle d'avoir à « subir une loi qu'elle s'est faite, en vue d'ailleurs des avantages qu'un « pareil principe fait surgir en favorisant la transmission des valeurs so-« ciales et leur circulation avantageuse... » (Dev.-Car., 52, 2, 577).

Cette jurisprudence était en parfaite harmonie avec les faits qui se rattachent à la souscription et à l'émission des actions, faits qui n'ont jamais varié. En effet, quand une société est fondée par actions, comment les choses se passent-elles? Le public est informé par la voie des journaux qu'une souscription est ouverte et qu'elle est subordonnée à l'accomplissement de telle et telle condition. Toute personne est admise, en remplissant ces conditions, à souscrire tel nombre d'actions que bon lui semble. Les souscripteurs ne se connaissent pas, et ne sont pas non plus connus des fondateurs. On ne connaît que leur souscription : leur personne, leur solvabilité personnelle, n'est donc pas prise en considération. Le fait seul de leur souscription est connu : dès lors, qu'importe que l'action appartienne à tel ou tel, que celui qui la détient actuellement soit un souscripteur originaire ou un cessionnaire de ce souscripteur? l'un vaut l'autre. Que le détenteur actuel ait versé la somme qu'il fallait fournir, au moment de la souscription, directement dans la caisse sociale, ou qu'il l'ait comptée à celui qui l'avait lui-même versée dans cette caisse, en quoi cela peut-il nuire aux autres actionnaires ou aux tiers? on ne le comprend pas.

Aussi, je l'ai dit, la question avait été jugée en ce sens, et c'était un principe constant que l'action était seule débitrice de la somme qu'elle représentait, lorsque la nouvelle loi fut rédigée. J'ajoute que c'était là une des causes qui contribuaient le plus efficacement à la puissance de la commandite, dont les actions convenaient à tous les financiers, à tous les spéculateurs, qui n'engageaient pas leur responsabilité au delà de la durée de la détention de l'action.

Aujourd'hui, il en est autrement. Aux termes de l'art. 3 § 1, le souscripteur est responsable jusqu'à l'entière libération de l'action, quand même il l'aurait cédée ; et, pour que cette disposition ne pût pas être éludée, les auteurs de la nouvelle loi ont dit *nonobstant toute stipulation contraire* (1). C'est donc aujourd'hui

(1) « L'obligation d'être en nom jusqu'au versement de tout le capital

une disposition d'ordre public, et elle implique entre la société et les actionnaires, au moins tant que l'action n'est pas libérée, un lien personnel, lien peu conforme, en droit et en fait, à la nature des sociétés par actions. Aussi cette disposition n'est-elle pas admise dans les sociétés anonymes (1).

J'arrive à la disposition la plus importante de la nouvelle loi, à celle qui contient la sanction des prescriptions de cette loi. C'est l'art. 6, ainsi conçu : « Est nulle et de nul effet, à l'égard « des intéressés, toute société en commandite par actions cons- « tituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans « les articles qui précèdent. — Cette nullité ne peut être opposée « aux tiers par les associés. »

« tend évidemment à éloigner des sociétés tous ces actionnaires nomades « qui, n'y apparaissant que pour jouer sur les titres, n'apportent aussi à « la société qu'un capital factice et une ombre de vitalité.

« Le projet atteint ce but, d'une manière plus directe et plus sûre en- « core, en disposant, dans l'art. 3, que les souscripteurs d'actions sont res- « ponsables du montant intégral de ces actions. Cette disposition a pour « elle le droit. Elle offre, il est vrai, des inconvénients; mais elle a ce « grand avantage, celui qui nous touche surtout, c'est qu'elle attache aux « sociétés des commanditaires sérieux, vraiment intéressés à leurs desti- « nées. On n'a pas un capital vraiment souscrit, quand le souscripteur ori- « ginaire peut se retirer d'une entreprise après un versement partiel. C'est « compromettre le succès de la société. Viennent les orages, et ce capital « disparaît, s'évanouit, emportant, avec la fortune et la liberté du gérant, « la garantie des tiers et des créanciers.

« Fidèle à cette pensée, votre Commission a proposé au Conseil d'État de « supprimer le second paragraphe de l'art. 3, qui permet de déroger par « des conventions à cette prescription, jusqu'à concurrence de la moitié de « chaque action. Le Conseil d'État a adopté cet amendement » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

(1) Ainsi, au cas de commandite par actions, le souscripteur peut être poursuivi en paiement de sa mise, soit par le gérant, soit par les créanciers de la société, sans qu'il y ait à rechercher s'il possède encore son action ou si au contraire il l'a cédée à un tiers. Et, d'après ce qui a été dit plus haut (p. 246 et suiv.), il peut être poursuivi devant le tribunal de commerce et il est contraignable par corps. Aux arrêts déjà cités en ce sens, ajoutez l'arrêt de la Cour de Paris du 10 janvier 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 188).

A en juger par ce qui a été dit dans l'*Exposé des motifs*, les auteurs de cette loi ont cru faire purement et simplement un emprunt au Code de commerce, aux art. 42 et 43 (1). Cependant ces articles et l'art. 6 de la loi nouvelle s'appliquent à deux ordres d'idées et de faits bien différents.

Que supposent, en effet, les art. 42 et 43? Que la société est valablement constituée, qu'elle réunit toutes les conditions voulues pour son existence, qu'il ne s'agit plus que de faire connaître aux tiers qui veulent contracter avec la société ce qu'il leur importe de connaître, les conditions sous lesquelles ils peuvent l'avoir pour obligée, et les garanties qu'elle leur offre. En un mot, ces articles sont uniquement relatifs à des conditions extrinsèques à la société, et ne concernent que les formalités de la publication. Dès lors, on le comprend, l'inaccomplissement de ces formalités n'empêchera pas la société, qui en elle-même n'est entachée d'aucun vice, de se liquider conformément à l'acte de société. La nullité ne frappera que sur le présent et non sur le passé.

De même encore, on le comprend, le défaut d'accomplissement des formalités relatives à la publication ne pourra pas être opposé aux tiers, contre lesquels on ne peut pas rétorquer les dispositions introduites en leur faveur. Ils pourront donc toujours, s'ils y ont intérêt, faire considérer la société comme valablement constituée à leur égard. Mais, en sens inverse, ils pourront dire que la société leur a été cachée, qu'ils n'ont pas agi en connaissance de cause, qu'ils ont été surpris, et faire considérer la société comme nulle à leur égard.

Enfin les associés, qui ne peuvent opposer la nullité aux tiers,

(1) « L'art. 5 déclare nulle, à l'égard des intéressés, toute société qui a « été constituée contrairement aux dispositions des articles précédents. « C'était le moyen le plus naturel d'assurer l'observation des règles éta- « blies. Le mot *intéressés*, emprunté à l'art. 42 du Code de commerce, « est pris dans l'acception que lui a donnée la jurisprudence » (*Exposé des motifs*).

Le rapport de la Commission du Corps législatif est muet sur cet article.

pourront se l'opposer les uns aux autres. Ils ne peuvent pas être contraints à rester dans une situation intolérable et qui ne permettrait pas à la société de fonctionner d'une manière utile, conforme à leurs intentions.

Il n'y a rien là que de parfaitement logique, de parfaitement rationnel, et tout ce que je viens de dire s'applique aussi bien aux commandites par actions qu'aux commandites par intérêt. La nouvelle loi s'est référée à cet égard au Code de commerce.

Mais ce n'est pas de ce cas qu'il s'agit dans l'art. 6 : c'est d'un cas tout différent et même opposé, du cas où il y a absence d'une condition essentielle à l'existence de la société, à l'existence du contrat qui la constitue, du cas où la société est viciée dans son principe même et dans son essence. Aussi cet article déclare-t-il nulle et de nul effet la société *constituée* contrairement à l'une des prescriptions énoncées plus haut. Il s'agit donc bien là des conditions relatives à la constitution même de la société. Dès lors, il va de soi que les actionnaires pourront s'opposer la nullité les uns aux autres. Mais, à la différence de ce qui a lieu quand la société est nulle pour défaut de publication, elle ne se liquidera pas d'après les stipulations de l'acte de société, qui, comme la société elle-même, sont censées non avenues; elle se liquidera comme une simple société de fait, c'est-à-dire d'après les principes généraux du droit et les règles de l'équité. C'est, au surplus, ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 6, qui s'exprime tout autrement que l'art. 42. Il ne se contente pas de dire : *est nulle*, mais il ajoute : *et de nul effet*. Il s'agit donc bien là d'une nullité radicale, absolue, qui ne laisse rien subsister de la société, qui s'applique aussi bien au passé et au présent qu'à l'avenir.

D'après cela, il est clair que les créanciers pourront opposer cette nullité aux associés.

Mais les actionnaires ne pourront-ils pas s'en prévaloir contre les tiers eux-mêmes? Pourquoi ne le pourraient-ils pas? Il ne s'agit pas ici, comme dans le cas prévu par l'art. 42 du Code de

commerce, d'une simple omission de publication ; il s'agit de l'absence de conditions sans lesquelles la société ne peut pas se constituer : donc elle n'a d'existence à l'égard de personne. N'est-ce pas la conséquence qui résulte du principe consacré par le premier alinéa de cet art. 6? — C'est réellement ainsi que, d'après ce premier alinéa, il faudrait décider. Seulement, si les actionnaires avaient commis quelque faute, si par leurs actes ils avaient autorisé les tiers à considérer la société comme valablement constituée, ils seraient non recevables à se prévaloir contre eux d'une nullité qui provient de leur fait et à laquelle les tiers ne devaient pas s'attendre. Mais, si on ne pouvait rien leur reprocher, la nullité ne pouvant leur être imputée, ils seraient, tout aussi bien que les tiers, recevables à s'en prévaloir.

Telle est la solution à laquelle on est amené par la logique et par les principes. Mais elle paraît difficile à concilier avec le dernier alinéa de l'art. 6, qui présente une sorte d'incohérence, de contradiction de principe, avec le premier, car il est ainsi conçu : « Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Les auteurs de la nouvelle loi ont cru qu'ils pouvaient, sans inconvénient, emprunter cette disposition à l'art. 42 du Code de commerce. Ils n'ont pas fait attention que l'art. 42 s'appliquait à une hypothèse tout autre que celle prévue par l'art. 6, que ce qui était conséquent et rationnel dans l'hypothèse prévue par l'art 42, était inconséquent et irrationnel dans celle prévue par l'art. 6 de la nouvelle loi.

Cette dernière disposition est donc regrettable. Elle sera une source de difficultés; elle en a déjà fait naître un assez bon nombre. Pour n'en citer qu'une, il est arrivé qu'un fondateur de société a déclaré que le capital social était souscrit en entier, a fait cette déclaration dans un acte notarié, auquel il a annexé la liste des souscripteurs, l'état des versements; mais sur cette liste figuraient des noms de souscripteurs ou imaginaires ou non sérieux, de sorte que le capital social n'était souscrit qu'en partie, et les versements exigés étaient incomplets. Rien cepen-

dant ne révélait cette fraude; elle n'a été reconnue qu'assez longtemps après la constitution de la société, à une époque où la société avait fait déjà un assez grand nombre d'opérations, où elle avait même été déclarée en faillite. Alors s'est élevée la question de savoir si les créanciers pourraient forcer les actionnaires à verser le complément de leur mise, en se fondant sur ce que les actionnaires ne pouvaient pas opposer aux tiers la nullité de la société, sur ce que, par suite, ils étaient tenus comme si la société avait été valablement constituée. Le tribunal de commerce de la Seine a jugé la question en ce sens, par application du dernier alinéa de l'art. 6 (1). C'est bien, en effet, la conséquence qui résulte de cette disposition prise à la lettre; mais, ainsi entendue, elle serait contraire à l'esprit de la loi, au but qu'elle s'est proposé : car elle sacrifierait l'intérêt des actionnaires à celui des créanciers, sans que les uns méritent plus de faveur que les autres, et quoiqu'il n'y ait aucune faute à imputer aux actionnaires.

Je crois donc que, pour entrer dans l'esprit de la loi, pour mettre la dernière disposition de l'art. 6 en harmonie avec la première, il y a des distinctions à faire. Il faut rechercher si la cause de nullité est de telle nature qu'elle ait dû être connue des actionnaires. Les actionnaires ont-ils dû la connaître : dès lors, ils ont eu tort d'entrer dans la société, et ils ne pourront pas se prévaloir de la nullité contre les tiers. Si au contraire elle n'a pu être connue d'eux, s'il n'y a aucune faute à leur imputer, comme dans

(1) Je pense que M. Bravard fait allusion au jugement du 23 septembre 1858, dans lequel je lis ceci : « Attendu qu'aux termes de l'art. 26 du Code « de commerce les associés commanditaires sont responsables des dettes « de la société jusqu'à concurrence du capital qu'ils ont fourni ou dû four- « nir; que ce principe a été sauvegardé tant par la loi de 1856 que par les « lois antérieures sur la matière; qu'elles stipulent, en effet, que les nul- « lités qui peuvent être invoquées par les associés entre eux ne sont pas « opposables aux tiers qui ont eu confiance au capital souscrit; — Qu'il « s'ensuit que le défendeur n'est pas fondé à prétendre que sa souscrip- « tion serait devenue nulle par suite de l'inaccomplissement par Galland « et Cie des règles prescrites par la loi, en constituant leur société... » (*Gazette des Tribunaux* du 30 septembre 1858.)

le cas que j'ai indiqué, où le capital social, quoique déclaré intégralement souscrit, ne l'avait été qu'en partie, ils seront recevables à dire, même contre les tiers, que la société n'existe pas, qu'ils se sont engagés sous une condition qui n'a pas été remplie, que dès lors on ne peut exiger qu'ils versent de nouvelles sommes dans une société qui n'a pu se constituer. Il s'agit là, à proprement parler, non pas d'une nullité, mais de l'inexistence même de la société, inexistence qui ne leur est pas imputable, qui constitue un tort à leur égard, et dont ils peuvent se prévaloir envers et contre tous (1). C'est ainsi que la question aurait été indubitablement décidée avant la nouvelle loi, et elle doit être, à plus forte raison, décidée ainsi sous cette loi, qui a voulu, non pas diminuer, mais augmenter les garanties accordées aux actionnaires.

Voilà, du moins selon moi, comment il faut interpréter dans son ensemble et conformément à son esprit l'art. 6, dont la rédaction laisse beaucoup à désirer, mais doit être subordonnée aux exigences de la matière (2).

Nous avons vu que, dans toutes les sociétés en commandite par actions, grandes ou petites, il faut un conseil de surveillance, composé toujours de cinq membres choisis parmi les actionnaires, nommés pour cinq ans et indéfiniment rééligibles. Nous avons maintenant à voir quelles sont les attributions du conseil de surveillance.

D'abord, pénétrons-nous bien d'une idée qui domine toute cette partie de la matière. Lorsqu'on rédigea le Code de commerce, on fut frappé de l'inconvénient, du danger qu'il y aurait à permettre aux commanditaires de prendre une part quelconque.

(1) Cette doctrine de M. Bravard peut être juste en législation. Mais le texte de l'art. 6 y résiste de la manière la plus positive : le législateur, à tort sans doute, a voulu reproduire ici purement et simplement le système de l'art. 42 *in fine* du Code de commerce.

(2) Comme on le verra bientôt, M. Bravard tire encore en ce sens un argument des art. 11 et 12 de la loi.

même indirecte, accidentelle, à la gestion, et l'on déclara, dans l'art. 27, qu'ils ne pourraient faire aucun acte de cette sorte, ni même servir, comme mandataires, d'intermédiaires à des actes de gestion que le gérant voudrait faire par leur entremise; et on les soumit à la responsabilité solidaire lorsqu'ils contreviendraient à cette prohibition. Au contraire, en 1856, on fut plutôt frappé de l'inconvénient que présentait l'exclusion de la gestion prononcée contre les commanditaires, et des propositions furent faites qui tendaient à la faire cesser, au moins en partie, à les associer à la gestion, à les émanciper, comme on disait alors, de la tutelle des gérants. Mais ces propositions étaient incompatibles avec le principe fondamental de la commandite, dans laquelle il y a deux éléments, dont l'un est responsable et l'autre irresponsable. C'est à l'élément responsable seul que la gestion doit appartenir, car l'irresponsabilité implique comme conséquence forcée l'abstention. Aussi ces principes finirent-ils par triompher; et la nouvelle loi n'y a fait aucune modification. Ils sont donc applicables tout aussi bien aux commandites par actions qu'aux commandites par intérêt. Les art. 27 et 28 sont la règle des unes comme des autres.

Mais les auteurs de la nouvelle loi, éclairés par l'expérience, ont cherché à rendre plus efficace la surveillance des actionnaires, et à combler une lacune du Code de commerce, qui, en interdisant aux commanditaires tout acte de gestion, n'avait pas indiqué, en regard de ces actes interdits, ceux qui n'ont qu'un caractère de simples actes de surveillance et qui sont toujours permis. Il en était résulté que les conseils de surveillance, de peur d'être accusés de faire acte de gestion et d'encourir la solidarité, n'osaient pas user des pouvoirs qui leur appartenaient, des prérogatives dont ils étaient investis; leur action était en quelque sorte paralysée par cette préoccupation incessante, — à tel point que, de peur d'encourir la responsabilité attachée à des actes de gestion, il y avait des conseils de surveillance qui ne s'étaient jamais réunis. Il fallait donc les rassurer contre ce danger. C'est là aussi ce que se sont proposé les auteurs de la

nouvelle loi, en définissant les attributions du conseil de surveillance. En outre, ils ont voulu par là assurer la régularité des opérations de la société, et prévenir des abus que des gérants s'étaient permis (1).

(1) « Le gérant, dans la commandite, est la personnification de la société. « C'est en son nom que se fait tout le négoce, et c'est aussi lui seul qui est « responsable. Cachés sous le voile de l'anonyme, les simples commandi- « taires forment une association de capitaux. Le gérant donne le mouve- « ment à ces fonds : il les fait fructifier par son intelligence, par son ac- « tivité ; et sa responsabilité vient fortifier la confiance qui repose déjà « sur la richesse de la société.

« L'omnipotence du gérant, quand il est inhabile ou infidèle, peut en- « traîner la perte de la société. La loi désarme-t-elle les associés? devront- « ils assister, impuissants, à la ruine de l'entreprise, sans pouvoir prendre « les mesures que réclame le salut commun? La raison dit assez qu'ils ont « le droit d'exercer sur la gestion une surveillance profitable à l'intérêt « social et à l'intérêt des créanciers. De là, l'habitude de créer dans les so- « ciétés des commissions, généralement connues sous le nom de *conseils* « *de surveillance*. C'est le contrôle, à côté de l'action : voilà du moins ce « qui devrait être, mais ce qui est quelquefois une déception.

« Le conseil de surveillance n'est, en effet, trop souvent qu'une décora- « tion pour la société, une invitation à souscrire, un appel à la confiance. Le « gérant a grand soin d'en choisir les membres, dans le contrat même de la « société. L'entreprise se fonde, et l'actionnaire crédule, que certains noms « avaient séduit, voit plus tard, dans ces mandataires imposés, rarement des « hommes pénétrés du sentiment de leur mission, quelquefois des com- « plaisants, le plus souvent des surveillants sans vigilance ou ne se permet- « tant qu'avec crainte le plus légitime contrôle. Toute carrière reste ainsi « ouverte aux erreurs, aux fautes des gérants; et ce qui devrait être une « garantie de la bonne gestion et de la conservation des capitaux de la so- « ciété tend de jour en jour à devenir une institution vaine.

« Tout le monde est frappé de ces abus ; et la partie de la loi qui a pour « but de les atteindre est celle qui a fait naître le plus d'amendements « présentés à la Commission. Tantôt c'est le pouvoir du gérant qu'on pro- « posait de restreindre ou d'entourer de nouvelles garanties; tantôt c'est « aux conseils de surveillance qu'on demandait des gages. Ainsi, l'hono- « rable M. Du Miral voudrait que le gérant fût propriétaire, sauf une ex- « ception, d'un vingtième du capital... MM. Delapalme, Du Miral, Dela- « marre (Somme) astreindraient à la même obligation d'être propriétaires « d'un certain nombre d'actions les membres du conseil de surveillance... « L'honorable M. Delamarre (Somme) estime que les conseils de surveil- « lance doivent exercer les investigations les plus minutieuses sur tous les « actes de la gérance; et propose de supprimer pour eux la pénalité, pro-

Cela posé, examinons en détail les attributions des conseils de surveillance. Elles sont au nombre de quatre :

1° Le conseil de surveillance a le droit de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société (art. 8 § 1).

« noncée par l'art. 28 du Code de commerce, pour cause d'immixtion dans « les opérations de la société...

« Il est bon que le gérant soit attaché, par un intérêt fixe et permanent, « à la bonne administration et au succès de la société ; le conseil de sur- « veillance offrirait aussi plus de garanties si une partie de la propriété « sociale résidait dans les membres qui le composent. Mais votre Commis- « sion a pensé que la loi n'avait point à intervenir dans ces sortes de stipu- « lations...

« Votre Commission n'a pas voulu davantage toucher à la gérance. La « puissance du gérant a ses inconvénients, mais elle tient indissolublement « à sa responsabilité ; et, si vous supprimez cette responsabilité, ce n'est « plus une société en commandite qui reste, c'est une sorte de société ano- « nyme sans les garanties que lui donne l'intervention de l'Etat. — La pé- « nalité attachée à l'immixtion est un autre principe de droit et d'ordre « public. Le commanditaire jouit de la faveur de ne pouvoir être recherché « que jusqu'à concurrence de sa mise, parce que devant le public il n'a « engagé que ses fonds. Pourquoi ne serait-il pas responsable s'il vient à « franchir cette limite, s'il administre, et s'il offre sa personne aux tiers, « comme source de crédit, comme cause de confiance ? On est aujourd'hui « frappé du pouvoir du gérant ; quand on discuta le Code de commerce, « on l'était beaucoup de l'abus contraire. Des commanditaires, dirigeant « la société sous le voile d'un mandat, mettaient à la gérance un prête- « nom et renversaient par là les garanties et les combinaisons de la com- « mandite...

« La loi n'apporte aucun changement ni aux attributions ni aux devoirs « des conseils de surveillance... Les commanditaires ont toujours eu le droit « de surveiller la gestion et de déléguer ce droit à ceux des associés qui « jouissaient de leur confiance. La surveillance est un mandat qui impose « des devoirs. Les attributions existaient ; mais elles n'étaient ni définies ni pré- « cisées ; on ne les exerçait qu'avec inquiétude, on redoutait de s'immiscer « dans la gestion. La loi éclaire, et, sous ce premier rapport, elle est bien « plus propre à donner la confiance et la sécurité qu'à inspirer la crainte.

« L'esprit de la loi n'est pas davantage un esprit hostile à l'autorité du « gérant. La loi n'admet pas que le conseil de surveillance puisse participer « aux actes de gestion extérieurs et patents : là serait cette confusion qui « amène la pénalité prononcée contre tout associé qui s'immisce dans « l'administration. La loi n'admet pas même une intervention, pour ainsi « dire *domestique*, dans la direction pratique et journalière des affaires. Un « gérant n'est pas libre, quand un conseil d'intéressés lui trace la marche à « suivre, prend part, à chaque instant, à ses opérations, indique celles qui

2° Il a le droit, et c'est, en même temps, pour lui une obligation, de présenter chaque année un rapport à l'assemblée des actionnaires (article 8 § 2). Dans ce rapport, où il consignera tout ce qu'il croira utile de porter à leur connaissance, il doit appeler spécialement l'attention des actionnaires sur les inventaires : car c'est par les inventaires qu'on connaîtra la balance de l'actif et du passif. C'est donc là un point capital (1). Le rapport doit également s'expliquer sur les propositions qui auront pu être faites par le gérant de procéder à la répartition de dividendes, laquelle suppose un excédant d'actif. En effet, on avait vu des gérants, alors que la société était en perte, pour relever le cours des actions qui était tombé assez bas, dresser des inventaires où la situation véritable de la société était habilement dissimulée, où la société était présentée comme prospère, et proposer une distribution de dividendes, afin que l'annonce de cette distribution relevât, ne fût-ce que quelques jours, le cours des actions, produisît une hausse momentanée, dont ils profitaient pour écouler leurs actions à un prix avantageux ; et ceux qui les achetaient dans ce court intervalle de hausse ne se trouvaient avoir, quand la vérité était connue, que des titres dépréciés et presque sans valeur. C'était là une manœuvre des plus condamnables, une espèce d'escroquerie, contre

« sont à faire, lui demande compte de ses projets, de ses relations, de ses « secrets de fabrication. Le conseil de surveillance a le contrôle, le conseil; « il n'a pas la conduite » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

Je ferai seulement une courte observation sur ce dernier passage. Le rapporteur admet que tous actes d'administration, soit *extérieurs*, soit même purement *intérieurs*, sont interdits au conseil de surveillance ; seulement, son idée paraît bien être que la sanction de l'art. 28 du Code de commerce n'est applicable qu'aux premiers, qu'aux actes de gestion *extérieurs et patents*. Nous avons déjà repoussé cette distinction. Voy. *supra*, p. 239 et suiv. ; p. 249, à la note.

(1) « La loi n'entend pas que le conseil de surveillance soit partie active « dans la confection de l'inventaire, qu'il en puisse changer les bases, qu'il « en fasse ce qu'on appelle le règlement. C'est un contrôle qui lui appar- « tient : si l'inventaire ne lui paraît pas exact, il en appelle, par son rap- « port, à l'assemblée générale, qui juge » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

laquelle les auteurs de la nouvelle loi se sont armés d'une juste rigueur. Afin de la rendre désormais impossible, ils ont, dans l'art. 10, déclaré que les membres du conseil de surveillance seraient solidairement responsables, tant envers les tiers qu'envers les actionnaires, d'abord lorsqu'ils auraient sciemment laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves, qui auraient préjudicié soit aux tiers, soit à la société, et, en second lieu, lorsqu'ils auraient consenti sciemment à des distributions de dividendes fictifs (1). Dans ce dernier cas, les auteurs de la

(1) « Remarquez que la loi ne punit pas la simple ignorance, la simple « négligence; c'est la science, c'est la mauvaise intention, c'est le dol; et « tout cela, quand il s'agit d'omissions ou d'énonciations graves dans l'in- « ventaire. Ainsi disparaissent ces objections tirées de la difficulté d'éta- « blir un inventaire exact, d'en vérifier les éléments variables et sujets à « erreur. Encore une fois, c'est la connaissance, c'est l'intention, qui est le « point de départ de la responsabilité.

« Cette responsabilité doit déplaire aux surveillants de complaisance, à « ces hommes que le gérant choisit pour ne rien voir et approuver tout. « Plaise à Dieu que la loi éloigne ceux-là des conseils de surveillance! « Mais qu'elle puisse inquiéter, décourager les hommes sérieux; qu'elle « amène dans les commandites le règne des mercenaires, parce qu'il ne « sera pas licite d'apposer sciemment son nom au bas d'un inventaire « frauduleux : voilà ce que notre raison se refus à comprendre » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

L'art. 10 s'applique aux membres du conseil de surveillance qui ont agi *sciemment, en connaissance de cause*. D'un autre côté, le rapporteur de la commission dit, dans le passage que je viens de transcrire : « Ce que la « loi punit, c'est la *science*, c'est la *mauvaise intention*, c'est le *dol*. » Est-il donc impossible qu'un membre du conseil de surveillance ait agi *en connaissance de cause*, mais *sans mauvaise intention?* Cela est, au contraire, fort possible : l'homme a très-bien su que la distribution des dividendes n'était point justifiée, mais il s'est fait illusion, il a cru très-sincèrement que cette distribution ne nuirait à personne, ou même qu'elle profiterait à tout le monde. Va-t-il encourir la responsabilité solidaire? L'affirmative résulte évidemment du texte de l'art. 10. Aussi a-t-elle été consacrée par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 20 décembre 1860, dans lequel nous lisons ceci :

« Attendu que ces termes, *en connaissance de cause*, dont s'est servi « l'art. 10 de la loi de 1856 pour caractériser la responsabilité des membres « des conseils de surveillance, n'impliquent pas nécessairement l'intention « frauduleuse proprement dite, c'est-à-dire la volonté préconçue de trom- « per pour spolier; que le législateur a voulu, par un système de garan-

nouvelle loi se sont montrés plus sévères encore contre le gérant : ils l'ont frappé d'une peine fort grave, de la peine de l'escroquerie (1), qui, d'après l'art. 405 du Code pénal, est d'un

« ties nouvelles, non-seulement atteindre l'escroquerie ou les manœuvres « qui s'en rapprochent, mais encore, sous la condition de la *pleine connais-* « *sance de cause*, de la *science*, empêcher la distribution, sous dénominations « diverses, de bénéfices fictifs (rapport de la Commission), et par là assu- « rer, au profit des ayant droit, la conservation du gage commun; que les « dispositions prises dans ce double but doivent recevoir leur juste appli- « cation; — Attendu, en fait, qu'il est établi que les membres du conseil « de surveillance de la société en commandite M., W. et C. ont autorisé, « au profit des actionnaires, le paiement de plusieurs semestres d'intérêts, « et ce, non-seulement sans inventaires justificatifs, mais alors qu'ils sa- « vaient, notamment par des états de situation, que la société, loin de « réaliser des bénéfices, n'avait pas cessé d'être en perte; — Qu'il suit de là « que lesdits membres du conseil de surveillance, quelle qu'ait pu être à « tout autre point de vue leur bonne foi, ont encouru la responsabilité « édictée par l'art. 10 de la loi du 17 juillet 1856 » (Dev.-Car., 61, 2, 289).

Cet arrêt de la Cour d'Orléans tranche, du reste, une autre question. Il décide qu'on doit considérer comme une *distribution de dividendes* tombant sous le coup de l'art. 10 le paiement d'intérêts aux actionnaires, lorsque, d'une part, aux termes des statuts, les intérêts devaient être prélevés sur les bénéfices, et que, d'autre part, la société n'avait encore réalisé aucune espèce de bénéfices. Et la Cour de Douai, par son arrêt du 21 février 1861, a de nouveau fait application de la même idée (Dev.-Car., *loc. cit.*).

Maintenant, comment prouvera-t-on que les membres du conseil de surveillance ont consenti à la distribution *en connaissance de cause?* Evidemment, c'est un fait dont on ne pouvait pas se procurer une preuve écrite: par conséquent, on sera recevable à le prouver par tous les moyens, même par la preuve testimoniale et par de simples présomptions (Code Nap., art. 1348 et 1353). Ainsi le tribunal, reconnaissant que les membres du conseil de surveillance ont dû, à moins d'une négligence excessive, à moins de fautes lourdes dans l'exercice de leur mandat, être instruits des malversations du gérant, pourra considérer comme faite la preuve dont il s'agit et leur appliquer l'art. 10; au contraire, s'il apparaît que les membres du conseil de surveillance ont seulement à se reprocher une confiance trop entière dans le gérant, confiance que le plus grand nombre aurait eue de même à leur place, ils ne devront pas tomber sous l'application de l'art. 10. Voilà ce qui me paraît ressortir de deux arrêts, l'un de la Cour de Grenoble, du 2 août 1860 (Dev.-Car., *loc. cit.*), l'autre de la Cour de Poitiers, du 20 août 1859 (Dev.-Car., 60, 2, 209). Ces deux arrêts, ainsi entendus, ne se contredisent nullement l'un l'autre.

(1) Cette disposition est le résultat d'un amendement proposé par la Commission du Corps législatif et accepté par le Conseil d'Etat.

emprisonnement d'un an au moins, de cinq ans au plus, et d'une amende de 50 fr. à 3,000 fr., à quoi peut s'ajouter la privation des droits civiques, civils et de famille (art. 13, n° 3). — C'est rigoureux, mais juste. Car il n'y a pas de tromperie plus évidente, de manœuvre plus condamnable que celle-là. Le but et le moyen, tout est déloyal, digne de réprobation au plus haut degré, de réprobation et de châtiment. L'art. 13 *in fine* permet, d'ailleurs, aux juges d'atténuer la peine, s'il y a des circonstances atténuantes (1) ; mais je ne crois pas que jamais les tribunaux soient tentés d'en admettre en pareil cas (2).

(1) Le législateur avait besoin de s'expliquer formellement à cet égard. En effet, l'art. 463 du Code pénal n'autorise pas les tribunaux correctionnels à reconnaître l'existence de circonstances atténuantes, et à réduire la peine, dans tous les cas où le prévenu est reconnu coupable d'un délit prévu et puni par une loi quelconque, mais seulement *dans les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal.*

(2) La combinaison de l'art. 10 et de l'art. 13 § 3 a donné lieu à une question qui a été vivement débattue devant les tribunaux. On s'est demandé si les membres du conseil de surveillance doivent être considérés comme *civilement responsables* des délits du gérant, dans le sens de l'art. 1384 du Code Napoléon, si, par conséquent, le tribunal correctionnel devant lequel le gérant est poursuivi par le ministère public peut connaître, conformément aux art. 3 et 194 du Code d'instruction criminelle, de l'action en indemnité dirigée contre les membres du conseil de surveillance. Le tribunal de la Seine ayant admis l'affirmative, son jugement a été infirmé par la Cour de Paris. Mais la Cour de cassation (Chambre criminelle), par son arrêt du 2 avril 1859, rendu sur les conclusions conformes du procureur général, a cassé l'arrêt de la Cour de Paris.

« Attendu, en droit, dit la Cour de cassation, que la cause de la responsabilité détermine la nature de l'action qui en résulte, et que la nature de « l'action détermine la compétence ; — Attendu que la confection des inventaires, la proposition et la distribution des dividendes, rentrent dans « les attributions exclusives des gérants des sociétés en commandite par « actions ; — Qu'il suit de là que, lorsqu'un gérant contrevient à l'art. 10 « de la loi du 17 juillet 1856..., tout dommage ainsi causé par son propre fait « lui est personnellement imputable et le rend dès lors directement responsable des réparations civiles ; — Qu'il en est de même lorsqu'un gérant commet le délit prévu par le n° 3 de l'art. 13...

« Attendu que les fonctions des gérants et celles des membres des conseils « de surveillance sont distinctes ; qu'il en est de même des infractions qu'ils « peuvent respectivement commettre au sujet des inventaires et des distri-

La troisième attribution du conseil de surveillance consiste à convoquer l'assemblée générale des actionnaires (art. 9). C'est

« butions de dividendes ; qu'elles sont corrélatives, mais non identiques « ni assimilées... Attendu que les art. 8 et 9 de la loi ont pour but de mettre « obstacle, par un contrôle loyal et sérieux, aux abus possibles de la gé- « rance, et en même temps de préciser les actes qui sont de surveillance « et non d'immixtion ; — Attendu qu'investis du droit de contrôler et « chargés du soin d'avertir, les membres du conseil de surveillance sont « ainsi constitués par la loi, relativement à certains actes, en une sorte « d'autorité vis-à-vis du gérant et en état de devoir légal vis-à-vis des ac- « tionnaires ;

« Attendu que l'art. 10 n'est que le corollaire et la sanction des art. 5, « 8 et 9 ; — Que la responsabilité des membres du conseil de surveillance « naît donc de la violation dolosive des devoirs légaux qui leur sont im- « posés à l'effet de prévenir ou d'empêcher les faits dommageables que le « gérant pourrait commettre, mais que cette responsabilité ne peut être « appliquée que lorsqu'il y a eu effet un dommage causé par le gérant; « — Attendu qu'à la vérité les membres du conseil de surveillance « peuvent, comme toutes personnes civilement responsables, se rendre « d'ailleurs complices, dans les termes des art. 59 et suiv. du Code pénal, « des délits commis par le gérant, même dans le cas de l'art. 13, n° 3 ; mais « qu'aucune complicité spéciale n'a été établie par la loi du 17 juillet 1856 ; « que la responsabilité des membres du conseil de surveillance n'est donc « en réalité qu'une application nouvelle du § 1er de l'art. 1384 du Code « Napoléon ; — Attendu qu'on ne saurait induire le caractère direct des « deux responsabilités du gérant et des membres du conseil de surveillance, « de ce qu'elles sont réunies dans une disposition commune ; que ce n'est « là que la conséquence de la corrélation qui existe entre elles ; — Qu'on « ne pourrait davantage se fonder sur ce qu'elles ont pour effets communs « la solidarité et la contrainte par corps, puisque, la responsabilité civile « étant établie par la loi, il appartient au législateur d'en régler les condi- « tions et l'étendue suivant les cas, sans que pour cela elles changent de « nature ;

« Attendu que la responsabilité de l'art. 10 s'applique aux délits du n° 3 « de l'art. 13 ; — Attendu, en effet, que la responsabilité civile naît du dom- « mage causé, quelle que soit la qualification du fait par rapport à son au- « teur ; — Attendu que, les membres du Conseil de surveillance étant res- « ponsables des inexactitudes graves qu'ils laissent commettre dans les « inventaires, lorsqu'un dommage en est résulté, cette cause de responsa- « bilité est la même, qu'elle soit ou non accompagnée de fraude de la part « du gérant ; — Que la responsabilité, conjointement déclarée dans l'art. 10, « n'avait pas plus besoin d'être reproduite dans l'art. 13 pour les membres « du conseil de surveillance que pour le gérant lui-même ;

« Attendu qu'aux termes de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle

tout simple : car, puisqu'il est chargé de leur faire un rapport, il faut bien qu'il ait le droit de les réunir. Mais on a cru

« l'action civile peut être portée en même temps et devant les mêmes juges « que l'action publique ; — Que l'action civile comprend les personnes civi- « lement responsables, comme les prévenus et les complices, et qu'elle s'ap- « plique aux frais avancés par le Trésor public ; — Que c'est ce qui résulte « expressément des art. 190 et 194 du Code d'instruction criminelle, 156 « du décret du 18 juin 1811 ; — Attendu que la loi du 17 juillet 1856 n'a « nullement dérogé aux règles de procédure et de compétence ; — Attendu « qu'on peut d'autant moins admettre la division nécessaire des deux ac- « tions en responsabilité lorsque le fait dommageable constituerait un délit « à l'égard du gérant, que cette action est solidaire ; — Attendu que, si les « membres du conseil de surveillance ne pouvaient être cités comme civi- « lement responsables, en même temps que le gérant, dans le cas du délit « dont s'agit imputé à celui-ci, ils seraient sans qualité pour intervenir, au « grand préjudice de leurs plus légitimes intérêts, lorsqu'ils voudraient dé- « fendre leur honneur attaqué et leur fortune menacée dans un débat qui « pourrait préjuger leur responsabilité » (Dev.-Car., 59, 1, 353).

Cet arrêt de la Cour de cassation a été attaqué avec force par M. Laferrière (*Revue critique de législation*, t. XIV, p. 385 et suiv.). Le savant jurisconsulte dont nous pleurons encore la mort prématurée ne peut pas comprendre que les membres des conseils de surveillance *répondent des gérants :* suivant lui, ils répondent simplement de leur fait personnel. Je crois qu'il y a là une confusion. Sans doute les membres du conseil de surveillance ne sont tenus solidairement et par corps avec le gérant qu'en raison de leur fait personnel, de leur faute lourde. Mais en est-il autrement des personnes que le texte de l'art. 1384 déclare civilement responsables du fait d'autrui? En aucune façon : ces personnes ont toujours à s'imputer une faute. Les père et mère, les instituteurs et artisans, ont commis une faute *sui generis* en ne surveillant pas mieux la conduite de leurs enfants, de leurs élèves ou apprentis ; les maîtres et commettants sont en faute par cela seul qu'ils ont choisi une personne incapable de remplir convenablement le service qu'ils lui ont confié. Dans tous ces cas, à côté du délit commis par l'enfant, par le préposé, etc., il y a une faute parfaitement distincte, imputable au père ou à la mère, au commettant, etc.; et pourtant il est certain que ces dernières personnes pourront être poursuivies devant le tribunal criminel, comme civilement responsables d'un délit dont elles ne sont ni co-auteurs ni complices. Il en est exactement de même dans le cas qui nous occupe : le tribunal correctionnel, compétent pour connaître du délit imputé au gérant, doit être également compétent pour prononcer sur les réparations civiles dont les membres du conseil de surveillance sont tenus en raison de la faute qu'ils ont commise de leur côté, faute sans laquelle le délit du gérant n'aurait pu être consommé.

Aussi la doctrine de la Cour de cassation a-t-elle été consacrée par de

devoir le dire expressément, parce qu'avant la nouvelle loi, il était arrivé que des gérants s'étaient opposés à ce que les membres du conseil de surveillance convoquassent l'assemblée générale des actionnaires; et il en était résulté des tiraillements, des difficultés, qu'on a voulu faire cesser.

La quatrième et dernière attribution des membres du conseil de surveillance, c'est de provoquer la dissolution de la société (même art. 9). — Il y a des personnes qui se sont imaginé que les membres du conseil de surveillance avaient, par suite, le droit d'introduire en justice, de leur chef et en leur nom, une action en dissolution de la société. C'est une erreur. Les membres du conseil de surveillance ne sauraient se constituer les adversaires, les antagonistes de la société, dont ils sont simplement les délégués, les mandataires : il ne leur est pas permis de se constituer en lutte et en opposition avec elle. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est de mettre la société, c'est-à-dire l'assemblée générale des actionnaires, en demeure de prononcer elle-même la dissolution de la société, ou, si elle n'a pas ce pouvoir et qu'elle croie la dissolution nécessaire, de nommer des commissaires qui poursuivent en justice cette dissolution. Le rôle des membres du conseil de surveillance est d'en référer à l'assemblée des actionnaires, de lui fournir tous les renseignements propres à l'éclairer; mais c'est à cette assemblée seule qu'il appartient de prononcer la dissolution, ou d'agir en justice, s'il y a des résistances (1).

nouveaux arrêts. Je citerai d'abord un arrêt de la Cour de Rouen, du 13 janvier 1860 : cet arrêt a été rendu, par suite de renvoi, dans l'affaire à propos de laquelle était intervenu l'arrêt de la Cour suprême (Dev.-Car., 61, 2, 289). Et la Cour de Paris elle-même, par son arrêt du 29 août 1861, arrêt rendu dans une affaire qui a eu un si grand retentissement, s'est ralliée à la doctrine qu'elle avait d'abord repoussée.

(1) Lorsque, en vertu d'une clause du contrat de société, le gérant peut être révoqué (Voy. ci-dessus, p. 228 et suiv.), le conseil de surveillance a le droit non-seulement de convoquer l'assemblée générale des actionnaires, mais encore de poursuivre la révocation du gérant. La Cour de Paris, dans son arrêt du 5 juillet 1859, admet que les actionnaires peuvent ainsi prononcer la révocation du gérant sans tomber sous l'application des art. 27 et 28 du Code de commerce. La Cour, dans les motifs de cet arrêt,

— Je passe à la responsabilité des membres du conseil de surveillance.

Ils sont d'abord soumis à la responsabilité solidaire dans deux cas que j'ai déjà expliqués : inexactitude dans les inventaires, et distribution de dividendes fictifs, en supposant qu'il y a eu de leur part connivence (1).

semble même reconnaître que, depuis la loi du 17 juillet 1856, l'assemblée générale des actionnaires peut, indépendamment de toute clause du contrat de société, révoquer le gérant : « Considérant, dit l'arrêt, que, par la « force des choses, la société en commandite par actions a étendu ses « limites et s'est rapprochée en beaucoup de points de la société ano- « nyme; — Que cela est surtout vrai en ce qui concerne la situation du gé- « rant; — Qu'il est, en effet, impossible, dans une société où l'intervention « des conseils de surveillance et des assemblées générales des actionnaires « est continuellement admise, que le gérant puisse continuer ses fonctions « si la bonne harmonie n'existe pas entre lui et la majorité des action- « naires; — Qu'il résulte de là que le gérant peut avoir la faculté de se « retirer, comme aussi les actionnaires celle de le renvoyer, quand l'en- « tente est devenue impossible; — Que, loin d'être contraire à l'esprit du « contrat, cette condition est presque indispensable dans la constitution « d'une société par actions... » (Dev.-Car., 59, 2, 553). Je n'oserais pas aller aussi loin.

Dans les différents cas où le gérant peut cesser ses fonctions, à qui rendra-t-il son compte? En principe, ce doit être à l'assemblée générale des actionnaires, et le conseil de surveillance pourrait certainement la convoquer à cet effet. Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de cassation (Chambre des requêtes), du 5 janvier 1859 (Dev.-Car., 60, 1, 444).

(1) Dans le cas où les membres du conseil de surveillance ont, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes fictifs, on s'est demandé quelle doit être l'étendue de leur responsabilité : sont-ils simplement tenus de restituer les dividendes indûment distribués? Ne faut-il pas dire, au contraire, que leur responsabilité, comme celle du gérant, s'étend à tout le passif de la société?

La Cour d'Orléans, par son arrêt du 20 décembre 1860, paraît s'être prononcée dans le premier sens : « Attendu, dit-elle, que l'art. 10, se bornant « à déclarer d'une manière générale les membres du conseil de surveil- « lance responsables avec les gérants, laisse au juge à déterminer l'éten- « due de cette responsabilité d'après les règles du droit commun et les « circonstances propres à chaque espèce; — Attendu que, si dans l'article « précité les membres du conseil de surveillance paraissent assimilés au « gérant, cette assimilation n'est établie et ne doit exister que par rapport « au fait spécial qui leur est commun et à la responsabilité particulière qui « en découle; — Attendu que, dans les prévisions de l'art. 10, il s'agit

Mais ils sont soumis encore à la responsabilité solidaire dans un autre cas fort différent, celui où la société est annulée pour

« moins d'appliquer une peine que de réparer un dommage, et que la « réparation civile du dommage a pour limite, en droit et en raison, l'im- « portance du préjudice causé ; — Que ce serait donc sortir des termes de « l'article susdit et s'exposer à des résultats manifestement contraires à « l'équité, que d'interpréter, sans distinction de cas, dans le sens d'une « responsabilité indéfinie, s'étendant à tout le passif social, la responsabi- « lité encourue pour des infractions essentiellement variables quant à « leur gravité intrinsèque et aux conséquences qu'elles entraînent; — « Attendu qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une action intentée par les syndics « au nom et dans l'intérêt d'une masse de créanciers, et qu'il ne paraît pas « que cette masse ait souffert de l'infraction commise par les membres du « conseil de surveillance un préjudice autre et plus considérable que celui « résultant de la diminution du fonds social jusqu'à concurrence des inté- « rêts indûment payés aux actionnaires... » (Dev.-Car., 61, 2, 289).

Au contraire la Cour de Douai (arrêt du 21 février 1861) admet nettement la doctrine opposée : « Attendu, dit-elle, que les infractions prévues « par l'art. 10 de la loi du 17 juillet 1856 rendent le membre du conseil « de surveillance qui s'en est rendu coupable responsable avec les gérants « solidairement; qu'ainsi il est tenu avec eux et comme eux à toutes les « dettes de la société ; — Que se borner à l'obliger à restituer à la caisse so- « ciale les intérêts illégalement distribués serait abroger arbitrairement le « prescrit de la loi ; — Que, du reste, le dommage causé aux tiers par la « fausse opinion que cette distribution de dividendes leur a fait concevoir du « crédit de la société, ne serait point ainsi réparé... » (Dev.-Car., *loc. cit.*).

Quant à moi, j'admets qu'il est impossible de fixer, d'une manière absolue, le maximum de la responsabilité à la restitution des dividendes indûment distribués ; et, du reste, il faut bien remarquer que la Cour d'Orléans ne pose nullement en principe l'impossibilité de dépasser le chiffre de ces dividendes. Mais je ne vais pas jusqu'à dire que tout ce qui pourra être dû par le gérant, même pour des causes absolument étrangères à ce fait de distribution illicite de dividendes, sera dû solidairement par le membre du conseil de surveillance. Quand un commanditaire s'immisce dans la gestion, je comprends qu'il soit tenu exactement comme l'associé en nom : la loi voit en lui un véritable associé en nom, qui a voulu dissimuler sa qualité. Dans le cas qui nous occupe actuellement il n'y a rien de semblable. Le gérant a commis un acte illicite et dommageable : le membre du conseil de surveillance, qui en a été instruit, répondra de toutes les conséquences de cet acte ; il en répondra conformément aux art. 1149 et suiv. du Code Napoléon. Voilà le sens naturel de l'art. 10 de la loi nouvelle. La Cour de Douai elle-même l'a bien senti : car elle insiste sur l'idée que le *dommage* causé aux tiers par la distribution de dividendes fictifs *doit être réparé*. Or, évidemment, dire que le membre du conseil de surveillance

inobservation des formalités et conditions requises (art. 7 § 1). Et en cela on a dépassé le but : car cette solidarité est encourue par les membres du conseil de surveillance alors même qu'ils n'auraient été nommés que longtemps après la formation de la société. Elle ne s'applique, il est vrai, qu'aux opérations faites postérieurement à leur nomination; mais ils sont étrangers à la nullité, il n'a pas dépendu d'eux de l'empêcher, et leur surveillance a plutôt servi les intéressés qu'elle ne leur a nui. Dira-t-on qu'ils n'auraient pas dû accepter les fonctions de membres du conseil de surveillance d'une société nulle (1)? Mais, à ce compte, il faudrait rendre responsables ceux qui les ont nommés. S'il y a une faute de leur part, elle n'a été dommageable à personne, et elle leur est commune avec ceux qui les ont choisis. Parce que la société est susceptible d'être annulée, veut-on, quoiqu'elle fonctionne, qu'elle soit dépourvue d'un conseil de surveillance?

Cette disposition me paraît donc difficile à justifier.

La solidarité, sans doute, n'est pas encourue de plein droit : elle peut être ou ne pas être prononcée par les juges. Mais il n'en est pas moins vrai qu'elle peut être encourue pour des

répond, comme le gérant, de tout le passif social sans distinction, ce n'est pas seulement vouloir réparer le dommage qui lui est imputable, c'est faire résulter de sa faute un véritable bénéfice pour les tiers.—Remarquez, d'ailleurs, la différence de rédaction entre notre art. 10 et l'art. 7 de la loi : dans ce dernier article on a soin de dire que les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables *de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination.*

(1) « Avant d'accepter les fonctions qui lui sont offertes, chacun des « membres du conseil peut facilement vérifier si le taux des actions est « conforme à l'art. 1er, si la réalisation du quart du numéraire promis « comme apport à la société a été constatée par un acte notarié, si les ac- « tions sont en la forme prescrite par l'art. 2, si aucune des clauses des « statuts ne s'écarte des règles tracées dans les art. 3 et 4, 7 et 8 (3 et 5, 4 « et 8 de la loi). Cette vérification mettra à couvert la responsabilité des « associés qui se seront chargés des fonctions du conseil de surveillance. « Ils ne pourront donc être compromis que par une négligence bien ex- « traordinaire ou par la volonté de s'engager dans une association con- « traire à la loi » (*Exposé des motifs*).

causes de nullité qu'il n'était pas possible, ou qu'il était au moins très-difficile, aux membres du conseil de surveillance de connaître, — ainsi, par exemple, lorsque la société est annulée parce que le capital social, bien que présenté comme souscrit en entier, ne l'avait été qu'en partie, le gérant ayant porté sur la liste des souscripteurs des individus imaginaires.

La perspective d'une solidarité possible, et encourue pour des causes semblables, est de nature à inquiéter les membres du conseil de surveillance, et, par conséquent, à nuire à la bonne composition de ces conseils, à en écarter les hommes qu'il serait désirable d'y voir arriver. Je regrette donc que cette disposition ait pris place dans la nouvelle loi (1).

(1) La Cour impériale d'Aix ne semble être complétement entrée dans l'esprit de la loi nouvelle, en décidant (arrêt du 16 mai 1860) que les membres du conseil de surveillance sont responsables de la nullité de la société, lorsque cette nullité provient du défaut de souscription de la totalité du capital ou du défaut de versement du quart de chaque action, bien qu'il résultât des bulletins de souscription et de la déclaration du gérant que la double condition dont il s'agit avait été remplie : en effet, ils ont commis une faute en ne vérifiant pas la sincérité des bulletins de souscription et l'état de la caisse (Dev.-Car., 60, 2, 439). Je crois donc que la Cour d'Agen se montre trop indulgente lorsqu'elle déclare (arrêt du 6 décembre 1860) que, si le gérant a fait une fausse déclaration, la responsabilité du conseil de surveillance est couverte par cette déclaration même (Dev.-Car., 61, 2, 299). Evidemment le conseil de surveillance ne doit pas s'en rapporter aveuglément aux déclarations du gérant quand il lui est facile d'en vérifier l'exactitude.

D'après le même arrêt de la Cour d'Aix que je viens de citer, les membres du conseil de surveillance encourent encore la responsabilité prononcée par l'art. 7, lorsqu'ils n'ont ni dénoncé ni empêché les irrégularités suivantes qui se sont produites dans la constitution de la société : Participation à l'assemblée générale et au vote, de personnes étrangères à la société ou de membres qui, aux termes de l'art. 4 *in fine*, ne devaient pas y avoir voix délibérative ; — nomination d'un conseil de surveillance ne comprenant pas le nombre de membres exigé par les statuts, ou composé de membres qui, d'après ces mêmes statuts, ne pouvaient pas en faire partie.

— Pour que les membres du conseil de surveillance encourent la responsabilité dont il s'agit, faut-il nécessairement que la justice ait d'abord prononcé la nullité de la société? La Cour de Lyon a décidé avec raison, par son arrêt du 29 mars 1860, que, la société ayant légalement pris fin, par

Cependant l'art. 7 ne s'en est pas tenu là. Il porte, dans sa seconde disposition, que la solidarité peut être également prononcée, dans le cas de nullité, contre les *fondateurs de la société*, — ce qui suppose que les fondateurs ne sont pas gérants. En effet, pour être gérant, il faut être associé en nom, et partant solidairement responsable, car tous les associés en nom le sont. L'art. 7 suppose donc que les fondateurs dont il parle ne sont ni gérants ni associés en nom, et cela ne peut guère se rencontrer. De plus, il exige que les fondateurs aient fait un apport en nature ou stipulé un avantage particulier, et cela pourrait expliquer la responsabilité dont ils sont passibles, si la société était annulée pour inobservation des formalités relatives à l'approbation de l'apport ou de l'avantage particulier ; mais cela rend, en ce qui les concerne, la solidarité plus difficile à expliquer, quand il s'agit d'autres causes de nullité, — et elles sont nombreuses.

Je crois donc que ce deuxième paragraphe de l'art. 7 est encore moins satisfaisant que le premier, et que la nouvelle loi aurait gagné à la suppression de cet article tout entier.

exemple au cas de faillite, la justice peut faire application de l'art. 7, si elle reconnaît qu'une des causes de nullité prévues par la loi existait réellement. « En effet, comme le dit très-bien la Cour, la loi n'a pas voulu « exiger des procédures inutiles, et contraindre les intéressés à se pour- « voir en annulation de la société, lorsque cette société n'existe plus » (Dev.-Car., 60, 2, 365).

—Il résulte des art. 6 et 7 de la nouvelle loi qu'une société étant annulée, par exemple, pour défaut de versement du quart de chaque action, les créanciers sociaux peuvent poursuivre, non-seulement les gérants, mais encore les actionnaires qui n'ont pas versé le montant intégral de leur mise et les membres du conseil de surveillance. On s'est demandé si les actionnaires ne pouvaient pas exiger que les créanciers poursuivissent d'abord les membres du conseil de surveillance, s'ils ne pouvaient pas exiger tout au moins que les sommes dues aux créanciers fussent réparties équitablement entre les actionnaires et les membres du conseil de surveillance. Il paraît impossible d'apporter aucune limitation de cette espèce au droit des créanciers. Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour d'Aix du 14 novembre 1860 (Dev.-Car., 61, 2, 296). Comparez un autre arrêt de la même Cour, rapporté ci-dessus, p. 283-284, note.

Je passe à une autre partie de cette loi, qui, celle-là, ne mérite que des éloges. Elle a comblé une lacune du Code, en traçant la marche à suivre pour la procédure quand il s'élève des contestations où des actionnaires figurent dans un intérêt collectif et commun : c'est l'objet de l'art. 14 de la nouvelle loi. Avant cette loi, il s'était élevé des difficultés sur ce point.

Nos lois sur la procédure supposent toutes que les parties engagées dans une contestation judiciaire sont connues et que le nombre en est restreint : on comprend donc qu'elles exigent des significations à personne ou à domicile. Mais comment appliquer ces dispositions aux actionnaires d'une société en commandite, dont le nombre peut s'élever à plusieurs centaines, à plusieurs mille, et qui peuvent être complétement inconnus, comme cela arrive quand les actions sont au porteur? Des significations à personne ou à domicile seraient donc, en pareil cas, non-seulement une source de lenteurs, d'embarras, de frais, mais encore elles seraient impraticables. Aussi, sous l'empire du Code, après beaucoup d'hésitations et de controverses, on avait fini par s'arrêter à un expédient qui consistait à faire représenter les intéressés par des commissaires, qu'ils nommaient à la pluralité des voix, ou qui, à leur défaut, étaient nommés par la justice : c'est cet expédient que l'art. 14 de la nouvelle loi a consacré. Il s'applique au cas où il y a contestation :

1° Entre le gérant et les actionnaires ;

2° Entre le gérant et une partie seulement des actionnaires ;

3° Entre les membres du conseil de surveillance, et les actionnaires ou une partie des actionnaires. — Lorsque tous les actionnaires sont intéressés dans la contestation, les commissaires sont nommés en assemblée générale ; lorsqu'une partie seulement des actionnaires y est intéressée, les commissaires sont nommés dans une assemblée spéciale à laquelle ne sont appelés que les actionnaires parties au procès.

4° Il y a un dernier cas où il faudrait procéder de la même manière, bien que la loi ne le dise pas textuellement, parce que ce cas sera assez rare, savoir : le cas où il y aurait contestation

entre une catégorie d'actionnaires et une autre catégorie d'actionnaires.

Enfin, les auteurs de la nouvelle loi ont consacré la jurisprudence antérieure, en décidant que, faute par les actionnaires de nommer des commissaires, il y serait pourvu par le tribunal de commerce, sur la requête de la partie la plus diligente ; — et que chaque actionnaire aurait le droit d'intervenir à ses frais dans l'instance.

J'arrive à la dernière partie de la nouvelle loi, à celle qui concerne la pénalité. Elle constitue une grave innovation. Les rédacteurs du Code s'étaient contentés de prononcer, comme sanction des dispositions qu'ils avaient formulées, la nullité et la responsabilité solidaire, sans y ajouter aucune peine proprement dite. Les auteurs de la nouvelle loi ont adopté cumulativement ces deux sortes de sanctions, qui, en général, s'excluent.

Quant à la pénalité en elle-même, elle consiste dans un emprisonnement et une amende ; mais les auteurs de la nouvelle loi ont laissé une grande distance entre le maximum et le minimum, afin de donner aux juges plus de latitude, plus de facilité pour approprier la répression aux faits. Le maximum de l'emprisonnement est de six mois, le minimum de huit jours ; le maximum de l'amende est de 10,000 francs, le minimum de 500 francs ; et, de plus, les juges peuvent prononcer cumulativement l'amende et l'emprisonnement, ou l'une de ces peines seulement (art. 11 et 12).

Quant aux faits qui sont susceptibles de cette répression pénale, ils peuvent être rangés en trois catégories :

La première concerne l'*émission* ou la *négociation* indue des actions.

L'*émission*, qui est le fait des fondateurs ou des gérants, est indue ou illicite dans cinq cas, savoir : lorsqu'ils ont émis des actions d'*un taux* ou d'*une forme* autre que le taux ou la forme prescrit par la nouvelle loi ; — lorsqu'ils ont émis des actions *avant la souscription de la totalité du capital social* et *le versement par*

chaque actionnaire du quart du montant de ses actions, ou bien *avant d'avoir fait dans un acte notarié la déclaration prescrite par l'art.* 1er (1).

(1) Je crois utile de donner ici *in extenso* le texte d'un arrêt de la Cour de cassation (arrêt de rejet de la Chambre criminelle), du 8 février 1861, que j'ai déjà eu l'occasion de citer.

« Sur le chef de prévention relatif à l'émission, avant la constitution définitive de la société par la souscription du capital social fixé par les statuts, d'actions même supposées régulières quant à leur division et quant à leur forme :

« Attendu que l'arrêt attaqué s'est fondé, pour renvoyer les prévenus de ce chef, sur ce que, si l'ouverture d'une souscription publique et la remise aux souscripteurs d'actions d'un récépissé constatant le versement obligatoire du quart au moins du montant des actions souscrites étaient interdites, il en résulterait que la formation de toute société en commandite fondée pour un objet important deviendrait impossible, puisque, d'une part, il est évident qu'un fonds social considérable ne saurait être souscrit sans un appel préalable au public, et que, d'autre part, cet appel constituerait un délit rendant les fondateurs passibles de peines correctionnelles ; — Attendu que la formation des sociétés en commandite par actions a été réglée et non interdite par la loi du 17 juillet 1856 ; — Que les appels faits aux capitaux ne peuvent être une cause d'incrimination que lorsqu'ils sont contraires à quelque disposition de la loi qui les a réglés ; que la loi, loin de les interdire, les reconnaît expressément avant la constitution définitive de la société et pour y parvenir ; — Que, sur ce chef, l'arrêt attaqué ne contient donc qu'une saine interprétation des dispositions invoquées.

« Sur le chef de prévention relatif à l'émission d'actions de 250 francs de la société... constituée au capital de 10 millions :

« Attendu que l'arrêt attaqué déclare en fait qu'il n'a pas été délivré d'actions aux souscripteurs qui se sont présentés ; qu'on leur a remis de simples récépissés de versements nominatifs, constatant le nombre d'actions par eux souscrit, le montant des sommes versées, et mentionnant que la répartition des actions attribuées aux souscripteurs aurait lieu dans les dix jours de la clôture de la souscription ; — Que ledit arrêt a décidé en droit que, pour reconnaître le délit prévu par l'art. 11 de la loi du 17 juillet 1856, il est indispensable, non-seulement qu'une société ait été constituée contrairement aux prescriptions de la loi, mais encore que des actions ou coupons d'actions aient été émis dans une société ainsi constituée ; qu'on ne saurait confondre l'appel fait au public dans le but d'obtenir des souscriptions d'actions dans une société et l'*émission*, c'est-à-dire la mise en circulation d'actions de cette société ; que, le récépissé provisoire délivré dans la première hypothèse aux souscripteurs ne formant pas un titre définitif, le souscripteur n'est pas encore actionnaire, ce qui réduisait le fait à une simple tentative non prévue par la loi ; —

La *négociation*, qui est le fait des actionnaires eux-mêmes, n'est indue et n'est punie que dans trois cas : lorsqu'elle a eu lieu *avant le versement des deux cinquièmes*, lorsque les actions ne sont pas de la *forme* ou du *taux* voulu par la loi (1). Elle ne l'est pas quand le capital social n'a pas été souscrit en entier, ou que le gérant n'a pas fait la déclaration prescrite par l'art. 1er : car ces contraventions sont considérées comme personnelles aux gérants, elles ne soumettent donc à aucune peine les actionnaires qui ont négocié leurs actions. Cette distinction est consacrée par les art. 11 et 12, et confirme l'interprétation que j'ai donnée de l'art. 6 (2), qui, selon moi, doit être entendu en ce sens que la nullité pourra être opposée par les actionnaires aux tiers lorsqu'elle résulte de causes qui, comme celles que je viens d'indi-

« Attendu qu'en décidant ainsi, l'arrêt attaqué s'est renfermé littéralement « dans les termes de l'art. 11 de la loi du 17 juillet 1856.

« Sur le chef relatif à l'émission (et à la négociation) d'actions de la même « société au porteur avant leur entière libération, alors qu'elles ne pou- « vaient être que nominatives :

« Attendu qu'après avoir déclaré, en fait et en droit, qu'il n'y avait pas « eu émission d'actions, l'arrêt attaqué a pu de cette déclaration tirer la « conséquence qu'il n'y avait pas plus lieu à incriminer la forme que la va- « leur nominale de titres qui n'avaient pas le caractère d'actions... » (Dev.-Car., 61, 1, 668).

Voyez sur cet arrêt les observations présentées par M. Herold (*Revue pratique de droit français*, t. XI, p. 351).

(1) La négociation ayant eu lieu avant le versement des deux cinquièmes, la pénalité de l'art. 12 est-elle encourue nonobstant la bonne foi de l'actionnaire? La Cour de cassation, par son arrêt du 11 août 1859 (arrêt de cassation de la Chambre criminelle), s'est prononcée en ce sens : « Attendu, « dit la Cour, que la loi du 17 juillet 1856, notamment dans ses art. 3 et « 12, est une loi de police des sociétés en commandite ; qu'en réglementant « les conditions matérielles d'existence de ces sociétés et de négociation « d'actions, elle entend donner aux capitalistes des garanties indépendantes « du plus ou moins de bonne foi des fondateurs, et que l'inobservation de « ces conditions constitue une contravention que n'excuse pas l'absence « d'intention frauduleuse ; — Que c'est d'ailleurs ce qui ressort du rappro- « chement à faire entre l'art. 12 et l'art. 13, où le législateur exige la mau- « vaise foi, dont ne parle pas l'art. 12... » (Dev.-Car., 59, 1, 971). — Comme le fait justement remarquer l'arrêtiste, cette décision est contraire aux expressions de l'*Exposé des motifs*.

(2) Voy., ci-dessus, p. 301 et 302.

quer, ne peuvent être connues des actionnaires, ne les constituent aucunement en faute : il s'agit moins alors d'une *nullité* que de l'*inexistence* de la société. Cette distinction résulte, non-seulement des art. 11 et 12, mais encore du premier alinéa de l'art. 6, de l'esprit de cet article, et de sa corrélation avec l'article 42 du Code de commerce, auquel on a emprunté la disposition finale de l'art. 6.

Dans les cas même où la négociation des actions est illicite, elle n'est soumise qu'à une peine moindre que celle prononcée contre l'émission : elle n'emporte que l'amende, sans emprisonnement.

A la négociation se rattachent des faits que la loi considère comme des faits de complicité et qu'elle punit de la même peine. C'est d'abord la participation à cette négociation ; c'est ensuite la publication de la valeur de ces mêmes actions (art. 12 § 2).

— La seconde catégorie de faits punissables comprend un cas tout spécial, celui où le gérant a commencé les opérations avant l'entrée en fonctions des membres du conseil de surveillance. Il est passible de l'emprisonnement et de l'amende, ou au moins de l'une de ces peines (art. 11 § 2).

— La troisième catégorie de faits punissables d'après la nouvelle loi comprend ceux contre lesquels elle s'est montrée le plus sévère et qui ont, en effet, le plus de gravité (art. 13). Ce sont ceux qui présentent au plus haut degré le caractère de la mauvaise foi : ils ne peuvent même être séparés d'une intention frauduleuse. La nouvelle loi les a assimilés à l'escroquerie et punis de la même peine que l'escroquerie. Cette peine, édictée par l'article 405 du Code pénal, est très-grave : car elle consiste en un emprisonnement d'un an à 5 ans, une amende de 50 à 3,000 francs, et la privation des droits civils, civiques et de famille pendant 5 ans au moins et 10 ans au plus. Toutefois, la nouvelle loi a permis aux juges, lorsqu'il y aurait des circonstances atténuantes, d'y avoir égard, et de modérer la peine en conséquence, conformément à l'art. 463 du Code pénal (1).

(1) Voy., ci-dessus, p. 309, note 1.

Les faits auxquels on a ainsi étendu l'art. 405 du Code pénal, bien qu'en eux-mêmes ils ne présentassent pas les caractères de l'escroquerie, tels qu'ils sont définis par cet article, sont de trois sortes :

1° Ce sont des faits tendant à obtenir frauduleusement des souscriptions ou des versements. Le n° 1 de l'article 13 punit, comme tels, la simulation de souscriptions ou de versements, à l'effet d'obtenir des souscriptions ou des versements, et la publication, lorsqu'elle est faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'ont rien de réel ou de tous autres faits également faux.

2° Le n° 2 de l'art. 13 punit de la même peine une manœuvre d'un autre genre, mais tendant au même but, tendant également à provoquer des souscriptions ou des versements. Il s'agit de la publication, faite de mauvaise foi, des noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque. Le nom de ces personnes, mis en avant dans ce but, pourrait inspirer confiance dans la société, et déterminer des souscriptions ou des versements qui, sans cette amorce trompeuse, n'auraient pas eu lieu; c'est une surprise faite au public, et elle ne pouvait rester impunie.

3° Enfin, cette troisième catégorie comprend un fait plus grave et plus condamnable encore; mais je l'ai déjà expliqué : c'est la distribution de dividendes fictifs (1).

* La loi du 17 juillet 1856 se termine par une disposition transitoire (art. 15), dont voici le texte : « Les sociétés en com-« mandite par actions, actuellement existantes, et qui n'ont pas « de conseil de surveillance, sont tenues, dans le délai de six « mois à partir de la promulgation de la présente loi, de consti-« tuer un conseil de surveillance. — Ce conseil est nommé con-« formément aux dispositions de l'art. 5. — Les conseils déjà

(1) Voy., ci-dessus, p. 307 et suiv.

« existants, et ceux qui sont nommés en exécution du présent « article, exercent les droits et remplissent les obligations déter- « minés par les art. 8 et 9; ils sont soumis à la responsabilité « prévue par l'art. 10. — A défaut de constitution du conseil de « surveillance dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire « a le droit de faire prononcer la dissolution de la société. Néan- « moins un nouveau délai peut être accordé par les tribunaux, « à raison des circonstances. — L'art. 14 est également appli- « cable aux sociétés actuellement existantes. »

Dans le projet du gouvernement, on ne faisait aucune distinction entre les sociétés déjà pourvues d'un conseil de surveillance et celles qui n'en avaient point : les unes comme les autres avaient un délai de six mois pour nommer un conseil conformément aux dispositions de la loi nouvelle (1). Il résulte, au contraire, de l'article dont le texte vient d'être reproduit que les sociétés déjà pourvues d'un conseil de surveillance ont pu le conserver, qu'elles n'ont pas été dans la nécessité de procéder à

(1) « Cette disposition a paru, en général, entachée d'un vice de rétroac- « tivité, et on s'est inquiété du trouble qu'elle allait amener dans les so- « ciétés existantes. C'est à une réorganisation de tous les conseils, souvent « à une révision des statuts sociaux, qu'il s'agissait de procéder, et cela « dans un court délai! Les inconvénients de cette mesure ont frappé beau- « coup d'esprits; et l'honorable M. Lecomte (Côtes-du-Nord) a proposé de « la restreindre aux sociétés en commandite qui n'ont pas actuellement de « conseil de surveillance.

« La majorité de votre Commission avait cru devoir proposer au Conseil « d'État la suppression pure et simple de l'article tout entier. Il lui parais- « sait que les conseils de surveillance actuels tombaient de plein droit « sous l'empire de la loi nouvelle, en ce qui concerne et leurs attributions « et leur responsabilité. Restait la réorganisation matérielle des conseils, « et elle y voyait beaucoup d'inconvénients et peu d'utilité.

« Le Conseil d'État n'ayant pas adopté cet amendement, votre Commis- « sion en a présenté un second, et proposé que l'obligation de constituer « les nouveaux conseils de surveillance ne fût imposée qu'aux sociétés non « pourvues de conseils, et que le tribunal pût accorder un délai selon les « circonstances. Cet amendement a été adopté par le Conseil d'État » (*Rapport de la Commission du Corps législatif*).

C'est par une sorte d'application des art. 1244 et 1184 du Code Napoléon que le tribunal peut proroger le délai de six mois.

une nomination nouvelle. Mais on s'est demandé si cette faculté de conserver le conseil déjà constitué avant la loi de 1856 était applicable au cas où le conseil dont il s'agit avait reçu des attributions tout autres que celles qui sont déterminées par la loi, au cas où le conseil n'avait pas simplement un droit de contrôle, mais participait réellement à la gestion. Peut-on dire, en cas pareil, qu'il y a *un conseil de surveillance* déjà existant lors de la promulgation de la loi nouvelle? La Cour de Paris, par son arrêt du 28 mars 1859, avait admis l'affirmative ; mais cet arrêt a été cassé, avec raison, par la Cour suprême (1).

— S'il est vrai que la co-existence d'un élément *personnel* et d'un élément *réel* soit de l'essence de la société en commandite, il faut dire que la société en commandite est absolument inconnue dans la pratique anglaise. Ce que les Anglais appellent *joint stock company* peut être comparé tantôt à notre société en nom collectif, tantôt à notre société anonyme, mais non à notre société en commandite. A notre société en nom collectif, quand la responsabilité des différents associés est illimitée (et c'est ce qui a lieu toutes les fois que l'acte de société garde le silence à cet égard) ; à notre société anonyme, quand leur responsabilité est limitée. La loi anglaise n'admettant pas que dans une même société la responsabilité des uns puisse être illimitée, tandis que la responsabilité des autres serait limitée, on comprend tout d'abord qu'elle exclut par là même les sociétés en commandite et qu'il est inexact de voir des sociétés de cette espèce dans les *joint stock companies* (2). *

(1) Arrêt de la Chambre civile, du 31 décembre 1860 : « ... Attendu que « la loi du 17 juillet 1856 a voulu organiser dans les sociétés existantes, « comme dans les sociétés à venir, non une surveillance nominale et illu- « soire, exercée par les gérants sur eux-mêmes, mais une surveillance « réelle, efficace et entièrement distincte de la gestion, et qui soumette au « contraire les membres gérants d'une société en commandite par actions « au contrôle sérieux et indépendant des membres surveillants, obligés « de se renfermer eux-mêmes dans leur mission spéciale... » (Dev.-Car., 61, 1, 286).

(2) Voy. cependant M. Colfavru, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 86 et suiv.

3° DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

Je passe à une forme de société qui fait suite à la commandite ; elle est comprise en troisième ordre dans l'énumération que fait l'art. 19 des sociétés commerciales. Il faut même aujourd'hui admettre, non pas trois, mais quatre sociétés commerciales, savoir : la société en nom collectif, — la commandite par intérêt, — la commandite par actions, qui s'en distingue essentiellement, — enfin la *société anonyme*, qui est la société des grandes entreprises, des vastes opérations.

J'ai déjà montré que la société en nom collectif est impropre à ces opérations, qu'elle n'est accessible qu'à un petit nombre de personnes, et qu'elle n'offre pas de garantie de stabilité, attendu qu'elle subit le contre-coup des changements qui peuvent survenir dans l'état des personnes qui la composent.

La commandite par intérêt est accessible à un beaucoup plus grand nombre de personnes que la société en nom collectif. Elle peut réunir des capitaux plus considérables : car elle admet un élément irresponsable, qui ne se rencontre pas dans la société en nom collectif. Mais elle présente la même instabilité, puisqu'elle se compose aussi de personnes, en même temps que de capitaux ; il y a un élément responsable : les personnes y figurent, et en première ligne. D'ailleurs, quoique la responsabilité des commanditaires soit limitée à leur mise, leur personne fait partie de la société, et la société subit le contre-coup de tous les changements d'état que leur personne peut éprouver.

La commandite par actions est sans doute exempte de cet inconvénient, grâce à la cessibilité des actions, qui laisse en quelque sorte la personne des commanditaires en dehors de la société et n'y fait entrer que leur mise. Elle est accessible à un plus grand nombre de personnes ; elle peut réunir des capitaux

bien plus considérables que la commandite par intérêt. Mais elle n'offre pas non plus une stabilité suffisante : car il s'y trouve un élément personnel qui y joue le principal rôle, et l'existence de la société dépend de celle des associés en nom et des changements d'état qu'ils peuvent éprouver : voilà donc un premier inconvénient. Il y en a un second, non moins grave. La réunion de l'élément matériel à l'élément personnel, concourant à la formation de la même société, a pour conséquence forcée la subordination de l'élément réel à l'élément personnel, l'inadmissibilité des actionnaires à la gestion, qui est dévolue de droit aux associés en nom, seuls responsables. Or, quand il s'agit d'entreprises qui exigent des sommes très-élevées, et une existence assurée pour un grand nombre d'années, on ne pourrait les faire en commandite, même par actions : car, indépendamment de l'instabilité que lui communique l'élément personnel, indispensable dans cette société, comment trouver des capitalistes qui consentiraient à y verser des capitaux, dont ils ne pourraient régler et faire par eux-mêmes l'emploi ? Evidemment, ce serait impossible. — Il y avait un troisième inconvénient inhérent à la commandite, même par actions, et dérivant des deux autres. Les gérants sont personnellement et solidairement responsables. Or, quand il s'agit de sommes extrêmement considérables, qui se comptent par millions, comment trouver des hommes honorables et capables, offrant des garanties de solvabilité, qui voulussent accepter une pareille responsabilité? Ce serait fort difficile.

Donc, pour qu'il ne se trouvât aucune entreprise, quelque considérable qu'elle fût, qui dépassât les forces de l'association, que l'association ne pût réaliser, il fallait faire disparaître les trois inconvénients que j'ai signalés : il fallait remplacer l'instabilité par la stabilité, l'exclusion prononcée contre les commanditaires de toute participation à la gestion par le droit d'y prendre part ; il fallait enfin affranchir les administrateurs d'une responsabilité que le chiffre des capitaux nécessaires pour l'exécution des grandes entreprises rendait inacceptable ou illusoire. C'est pour

cela qu'on a eu recours à la société anonyme (1), qui offre ce triple avantage sur la commandite par actions; et c'est cette forme de société qui seule a rendu possible l'exécution des grandes lignes de chemins de fer qui sillonnent aujourd'hui la France d'un bout à l'autre.

Cette idée, je m'efforcerai de la faire mieux comprendre encore, en expliquant les dispositions qui concernent la société anonyme. Qu'il me suffise de dire pour le moment que tous les avantages de la société anonyme proviennent de ce que les personnes en sont exclues. Il ne s'y trouve qu'un seul élément, qui est purement matériel, ce qui a fait disparaître l'instabilité inhérente aux personnes, l'inégalité qui en résultait pour l'élément réel, et enfin la responsabilité personnelle et solidaire contre les gérants, — responsabilité qui n'a plus de raison d'être dès que la société n'est composée que d'un élément unique et indépendant, tandis que c'était une garantie nécessaire à la sécurité de l'élément matériel quand il se trouvait joint et était subordonné à l'élément personnel.

Les administrateurs, ne pouvant être pris parmi les éléments de la société, qui sont impersonnels, ne seront plus que des mandataires ordinaires, qui répondront seulement de l'exécution de leur mandat. Par suite, cesse la responsabilité personnelle et solidaire des engagements sociaux, à laquelle sont soumis les administrateurs des sociétés en nom collectif et en commandite, non pas précisément comme administrateurs, mais parce qu'ils appartiennent à l'élément personnel, à qui cette responsabilité est nécessairement imposée dans les sociétés dont il s'agit. Elle ne saurait exister dans la société anonyme, puisque les personnes en sont exclues, qu'elle ne se compose que de choses.

Ainsi, cette société est affranchie des trois inconvénients inséparables de la réunion dans la société en commandite, de deux éléments d'une nature opposée, de personnes et de choses ; ces

(1) Voy., dans l'ouvrage de M. Molinier (n° 396), des détails historiques très-intéressants sur les sociétés anonymes.

inconvénients ne sauraient exister dans la société anonyme, car tous ses éléments sont homogènes et purement réels. C'est là le caractère essentiel et distinctif de la société anonyme.

De cette donnée résultent nécessairement plusieurs conséquences fort graves :

La société anonyme est complétement en dehors du droit commun ; on ne pourrait jamais, si l'on s'en tenait au droit commun, si l'on se renfermait dans l'application des règles générales sur les contrats et obligations, parvenir à la constituer. En effet, d'après le droit commun, les contrats produisent des obligations personnelles; partout où il y a contrat, il doit y avoir responsabilité personnelle pour les contractants, ou au moins pour quelques-uns d'entre eux. Quand on contracte, on s'oblige personnellement. Or, dans la société anonyme, il n'y a pas de responsabilité personnelle; il ne peut pas y en avoir même, puisque la société est uniquement composée de choses. Quand elle contracte, la responsabilité de ses engagements est nécessairement limitée aux choses et valeurs dont elle se compose.

Il fallait donc exiger pour la société anonyme une condition supplémentaire, qui tînt lieu de la garantie qui manque, et remplaçât, jusqu'à un certain point, la responsabilité personnelle qu'elle n'offre pas comme les contrats en général. Cette condition, c'est l'autorisation du gouvernement, sans laquelle la société anonyme ne peut pas se constituer. L'art. 37 l'exige, en ces termes : « La société anonyme ne peut exister qu'avec l'au-« torisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la « constitue. Cette approbation doit être donnée dans la forme « prescrite pour les règlements d'administration publique. » Il ne suffit pas même de l'autorisation du gouvernement; il faut quelque chose de plus, il faut son approbation pour l'acte constitutif de la société. Ainsi, le gouvernement n'est pas seulement appelé à donner une autorisation quelconque, déterminée par la confiance que lui inspirent les personnes qui la sollicitent, par l'utilité et par les chances de succès que lui paraît avoir l'entreprise. Il est appelé à examiner, à contrôler les statuts de la

société, — et cela, dans l'intérêt des tiers qui contracteront avec la société, et dans celui des actionnaires, qui seront nombreux, et qui ne peuvent que difficilement exercer un contrôle sérieux, efficace, soit à raison de la durée de la société, soit à raison de l'importance des capitaux qu'elle est appelée à réunir.

Le gouvernement est donc appelé à accorder ou à refuser une autorisation sans laquelle la société ne peut pas exister, et à présider à son organisation, par l'examen de ses statuts, examen qui doit même être fait en Conseil d'Etat. C'est pourquoi on a dit dans l'art. 37 que la société anonyme ne pourrait exister sans l'autorisation du gouvernement, laquelle doit être précédée de l'approbation de ses statuts, après que le Conseil d'Etat a été entendu. C'est ce qui résulte de ces mots : « dans la forme des règlements d'administration publique » (1).

(1) Il faut bien distinguer un *règlement d'administration publique* et un *décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique*.

Le *règlement d'administration publique* a un caractère de généralité. Il n'intervient pas dans une affaire spéciale, dans un intérêt individuel : comme la loi elle-même, il trace des règles générales. Seulement, il diffère de la loi en ce sens que la loi pose le principe, et que le règlement développe les conséquences, prend les mesures nécessaires pour l'exécution. Le règlement est plus variable que la loi : il se modifie suivant les temps, suivant les lieux. — D'après l'art. 6 de la Constitution, l'Empereur fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois; et d'après l'art. 50, le Conseil d'État est chargé, sous la direction de l'Empereur, de rédiger les règlements d'administration publique. Tout règlement d'administration publique doit porter avec lui la preuve de cette intervention du Conseil d'État. — Souvent dans nos lois il y a un article qui renvoie pour les détails à un règlement d'administration publique (Voy., par exemple, les art. 615 et 617 du Code de commerce). Mais, même en l'absence d'un article de ce genre, le pouvoir exécutif peut procéder à des règlements d'administration publique : il a reçu de la Constitution elle-même une délégation générale à cet effet.

Quant aux *décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique*, en principe et quant à leur objet, ils ne diffèrent point des décrets ordinaires : ils ont un caractère spécial, individuel. Mais ils sont préparés de la même manière que les règlements d'administration publique : le Conseil d'État doit être entendu, il ne suffit pas du contre-seing d'un ministre. Ainsi, le décret en lui-même n'a pas un caractère de généralité; mais, en raison de l'importance de la matière, on veut qu'il soit préparé comme s'il s'agissait d'un règlement d'administration publique.

En fait, ces sortes d'autorisations ne sont accordées qu'avec les plus grandes précautions, après informations prises, renseignements recueillis auprès des préfets, après une instruction au ministère de l'intérieur (1), une autre instruction plus complète encore au Conseil d'Etat, et une délibération de ce Conseil (2).

Au sujet de la nécessité de cette autorisation, il s'est élevé une question fort importante, sur laquelle les tribunaux se sont divisés, et qui a été soumise à la Cour de cassation. Il s'agissait de savoir si, quand une société n'a pas le caractère d'une société commerciale, mais qu'aucun des associés n'est personnellement responsable des engagements qu'elle contracte, elle peut se passer de l'autorisation du gouvernement. Cette question s'est élevée à propos d'une société d'assurances mutuelles contre les faillites. On soutenait qu'une semblable société, qui est purement civile (3), n'avait nul besoin de l'autorisation du gouvernement. « L'autorisation, disait-on, n'est exigée par l'art. 37 que pour la société anonyme, laquelle est rangée par l'art. 19

(1) Pendant longtemps, en effet, les sociétés anonymes ont été dans les attributions du ministre de l'intérieur. Aujourd'hui encore, pour connaître la marche à suivre à l'effet d'obtenir l'autorisation du gouvernement, il faut consulter l'*Instruction*, en date du 22 octobre 1817, de Lainé, ministre de l'intérieur. (On trouvera cette *Instruction*, ainsi que la solution donnée par le même ministre, le 11 juillet 1818, à certaines questions qui lui avaient été proposées, soit dans l'ouvrage de M. Delangle, t. II, n° 474, soit dans l'ouvrage de M. Alauzet, t. Ier, p. 214 et suiv.) Mais une Ordonnance du 20 janvier 1828 a établi un ministère du commerce, et l'art. 1er de l'Ordonnance indique expressément, parmi les attributions du nouveau ministère, *l'examen des demandes d'établissement de sociétés anonymes et d'assurances mutuelles, et l'approbation de leurs statuts et règlements*. Le ministère du commerce fut, il est vrai, supprimé par l'Ordonnance du 8 août 1829. Mais, après la révolution de 1830, il fut rétabli par l'Ordonnance du 13 mars 1831, qui y réunit les travaux publics; l'Ordonnance du 6 avril 1834 attribue positivement au ministre du commerce *l'autorisation et les statuts des sociétés anonymes*, et cela n'a pas été changé depuis.

(2) Le décret du 30 janvier 1852, *portant règlement intérieur pour le Conseil d'État*, indique (art. 13, n° 13) comme devant être soumises à l'assemblée générale du Conseil *les autorisations de sociétés anonymes*.

(3) On peut même dire qu'il n'y a pas là société, dans le sens propre du mot. Voy., ci-dessus, p. 159.

dans la classe des sociétés commerciales : dès lors comment appliquer ces dispositions à une société civile? »

Malgré cela, le tribunal de Lille, tout en reconnaissant qu'elle n'était pas commerciale, déclara la société nulle pour défaut d'autorisation, par le motif qu'elle se composait des mêmes éléments que la société anonyme, n'offrait pas plus de garantie et n'était pas plus conforme au droit commun. — Il y eut appel de ce jugement, et, le 29 mars 1855, il fut infirmé par la Cour de Douai, qui déclara la société valable.

Un pourvoi fut formé contre cet arrêt, et devant la Cour de cassation la question se présentait dans les mêmes termes qu'en première instance et en appel. Mais tout dépendait du point de départ auquel on s'attacherait. Si l'on considérait la nécessité de l'autorisation comme une exception, comme une dérogation au droit commun, il fallait évidemment la restreindre aux sociétés anonymes proprement dites. Si on la considérait, au contraire, comme destinée à suppléer ici à l'insuffisance, à l'impuissance du droit commun, lequel ne permet pas, quand on contracte, de s'affranchir de la responsabilité personnelle, il fallait évidemment l'exiger pour toute société, civile ou commerciale, peu importe, qui ne présenterait pas la garantie de la responsabilité personnelle : car, c'est uniquement à raison de l'irresponsabilité personnelle dont jouissent tous les associés dans la société anonyme que l'autorisation du gouvernement est exigée. Partant, si l'on veut entrer dans l'esprit de la loi et ne pas s'asservir à sa lettre, il faut reconnaître que cette autorisation est nécessaire toutes les fois que dans la société, quelle qu'elle soit, il n'y a aucun associé personnellement responsable. C'est aussi en ce sens que la question fut résolue par la Cour de cassation, qui cassa l'arrêt de la Cour de Douai, et renvoya la cause et les parties devant la Cour de Paris (1). Celle-ci, par un arrêt rendu le 1er février 1858, en

(1) Arrêt du 13 mai 1857, rendu, après partage, conformément aux conclusions de M. de Royer, procureur général :

« Attendu que la société anonyme n'existe pas sous un nom social et « n'est désignée par le nom d'aucun des associés ; qu'elle est simplement

audience solennelle, se rangea à la doctrine qui avait triomphé devant la Cour de cassation (1). Cette doctrine me paraît trop

« qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise ; qu'elle est admi-
« nistrée par des mandataires, et que ceux-ci ne sont responsables que de
« l'exécution du mandat qu'ils ont reçu, et ne contractent à raison de leur
« gestion aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux en-
« gagements de la société ; — Attendu qu'une société de cette nature, qui,
« à la différence des sociétés ordinaires, n'offre ni la garantie d'une raison
« sociale ni celle de la responsabilité personnelle des associés, ne peut exister
« que sous la condition de l'approbation préalable de ses statuts par le Conseil
« d'État et de l'autorisation du gouvernement; que telle est, en effet, la dis-
« position expresse et d'ordre public de l'art. 37 du Code de commerce ; —
« Attendu que cet article, directement applicable aux sociétés ayant un but
« commercial, doit être également appliqué aux sociétés civiles, lorsque
« celles-ci offrent les caractères de la société anonyme ; — Qu'en effet, en
« empruntant au Code de commerce ce mode spécial d'organisation, les
« sociétés civiles se soumettent nécessairement aux prescriptions essen-
« tielles et d'ordre public qui sont la condition même d'existence de ces
« sortes de sociétés ; — Que, s'il en était autrement, la société civile ano-
« nyme, affranchie à la fois de l'autorisation préalable du gouvernement et
« de la responsabilité des associés, serait, par là même, en situation de
« renouveler, et dans des proportions indéfinies, les abus et les désordres
« que les lois de la matière ont eu particulièrement en vue de prévenir, ce
« qui est souverainement inadmissible ; — Attendu, d'ailleurs, qu'aucune
« distinction à cet égard ne saurait être légalement établie entre les so-
« ciétés anonymes qui ont pour objet la poursuite d'un lucre ou le partage
« de bénéfices, et celles qui, comme les assurances mutuelles, n'ont pour
« objet que la réparation de pertes ou leur atténuation, puisque, dans un
« cas comme dans l'autre et avec non moins d'utilité, l'autorisation préa-
« lable tend à prémunir le public contre les combinaisons imprévoyantes
« ou artificieuses de statuts non approuvés ; — Attendu, au surplus, que ces
« principes ont été ainsi entendus et consacrés dans l'application qui en
« a été faite aux sociétés civiles présentant les caractères de la société
« anonyme, tels que les établissements de la nature des tontines, les assu-
« rances mutuelles contre la grêle et l'incendie, et autres intéressant au
« même titre l'ordre public, par les décrets des 1er avril 1809 et 18 novem-
« bre 1810 et par l'avis du Conseil d'État, du 15 octobre 1809... » (Dev.-Car., 58, 1, 129).

(1) Cet arrêt de la Cour de Paris a été rendu sous la présidence de M. Delangle. Suivant la Cour, « il est contraire à la saine raison, comme « au droit, qu'en formant un des contrats que la loi civile a définis, les « parties puissent, de leur autorité propre, supprimer les garanties stipu-« lées au profit des tiers, et, par une confusion de règles écrites dans le « Code Napoléon et dans le Code de commerce, se soustraire à la fois aux « dispositions de la loi civile et de la loi commerciale » (Dev.-Car., 58, 2, 129).

conforme aux principes pour que je ne la regarde pas comme définitivement et irrévocablement établie (1).

Quel est le caractère, quels sont les effets de l'autorisation accordée? Les effets de l'autorisation ressortent des observations que je viens de présenter.

1° L'autorisation ne confère à ceux qui l'ont obtenue aucun privilége, si ce n'est celui de la forme anonyme, aucun monopole. Donc rien ne s'opposera à ce que des sociétés en nom collectif ou en commandite ne s'établissent pour le même genre d'entreprises ou d'opérations qui fait l'objet de la société anonyme : car, quant à l'entreprise elle-même, elle est soumise au droit commun; elle reste dans le domaine de la liberté du commerce et de l'industrie. Rien ne s'opposerait même à ce que le gouvernement accordât à d'autres personnes l'autorisation de faire en société anonyme le même genre d'opérations : il a, à cet égard, toute latitude, et il est maître de faire ce que bon lui semble (2).

De même, ceux qui ne peuvent obtenir pour une entreprise l'autorisation du gouvernement, conservent toujours le droit de faire cette entreprise en nom collectif ou en commandite, — en un mot, en se conformant au droit commun; ils n'ont besoin de l'autorisation du gouvernement que quand ils veulent en sortir.

2° Il résulte des observations que j'ai présentées sur les motifs pour lesquels le gouvernement intervient dans la formation des sociétés anonymes, qu'en accordant son autorisation, il ne garantit en aucune façon le succès de l'entreprise. Il ne se soumet à aucune responsabilité, même subsidiaire, envers les créanciers de la société ni envers les actionnaires; et il ne pour-

(1) En effet, la question a été également jugée en ce sens par un arrêt de la Cour de Metz, du 10 août 1858, et par un nouvel arrêt de la Cour de cassation (arrêt de la Chambre des requêtes), du 9 novembre 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 15).

(2) Cela est parfaitement exprimé dans l'Instruction ministérielle du 22 octobre 1817 que j'ai déjà citée.

rait être actionné par eux comme leur garant ou à un autre titre, quand même la société aurait été déclarée en faillite et se trouverait complétement insolvable.

3° Malgré l'autorisation, les statuts de la société ne changent pas de caractère en eux-mêmes, ne perdent pas leur caractère de *convention* pour prendre celui d'*acte de l'autorité publique*. Le gouvernement n'est point partie au contrat; il n'intervient que dans un but de protection et d'ordre public. Donc, si les statuts donnaient lieu à quelque contestation, elle devrait être portée devant les tribunaux ordinaires et non devant la juridiction administrative. On ne pourrait pas non plus prétendre que l'arrêt qui aurait mal interprété les statuts serait susceptible d'un pourvoi en cassation : car ce n'est que pour fausse interprétation des lois et décrets qu'on peut se pourvoir en cassation; on ne le peut pas pour fausse interprétation d'une convention (1).

(1) J'admets sans difficulté que l'autorisation du gouvernement n'a point pour effet de transformer les statuts en un acte de l'autorité publique, en une sorte de décret impérial. Mais je n'admets pas d'une manière absolue qu'il n'y aurait pas lieu à cassation si un tribunal ou une Cour d'appel avait mal interprété ces statuts. En effet, toutes les fois qu'un tribunal, en interprétant une convention, méconnaît la véritable intention des parties contractantes, ce tribunal viole par là même la loi (Code Napoléon, articles 1134 et 1156). Sa décision doit donc être cassée, en supposant, bien entendu, qu'on représente à la Cour suprême le texte même de la convention, de manière à lui permettre de vérifier si réellement le tribunal n'a pas tenu compte de l'intention des parties. — La Cour de cassation a plus d'une fois fait application de cette doctrine. Spécialement dans le cas d'une société anonyme, elle l'a consacrée, au moins implicitement, par son arrêt du 16 mai 1859. Voici à quelle occasion :

Le sieur M., directeur d'une compagnie anonyme, avait pris une inscription hypothécaire, au nom de la compagnie, sur le sieur S., receveur de la même compagnie; puis il avait consenti la main-levée et la radiation de ladite inscription hypothécaire. Refus du conservateur des hypothèques d'opérer cette radiation, par le motif qu'on ne lui produit pas expédition de l'acte de société et que dès lors rien ne le met à même de juger si le sieur M. a pouvoir à l'effet de consentir la radiation. Jugement du tribunal civil d'Alençon, portant que le conservateur sera tenu d'opérer la radiation, mais sous la condition qu'il lui serait justifié que les formalités prescrites par l'art. 45 du Code de commerce ont été remplies. Arrêt de la Cour de Caen, qui infirme en ce sens que le conservateur doit opérer la

De même, si dans les statuts il s'était glissé quelque disposition contraire à la loi, l'autorisation n'empêcherait pas que la nullité en fût demandée par devant les tribunaux et prononcée par eux.

Voici maintenant des conséquences d'un autre ordre qui résultent de l'impersonnalité de tous les éléments de la société anonyme.

Le capital de ces sociétés est toujours divisé en actions : car, comme les personnes n'y sont comptées pour rien, que les sommes ou valeurs qu'elles apportent sont seules prises en considération, il s'ensuit que les personnes qui dans le principe ont participé à la société peuvent toujours céder leurs droits à d'autres;

radiation sans qu'on ait à lui justifier d'aucune publication ou affiche. A l'appui du pourvoi qu'il a formé contre cet arrêt, le conservateur disait notamment : « La Cour a violé les art. 2157 et 1988 du Code Napoléon, en ordonnant la radiation alors que celui qui l'avait consentie ne justifiait pas de ses pouvoirs. En tout cas, l'extrait, produit devant les juges du fait, du registre des délibérations constatant la nomination du sieur M., était irrégulier comme n'ayant été signé que par le sieur M. lui-même. » Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi, en ces termes :

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait qu'un extrait du registre « des délibérations du conseil général et du conseil d'administration de la « compagnie..., dans lesquelles on donnait à M. la qualité de directeur de « la compagnie, avait été produit au conservateur de Larzillière ; qu'il cons- « tate aussi qu'il a été fourni au conservateur le moyen de vérifier que, « d'après les statuts de la compagnie, le directeur était chargé de la direc- « tion et de l'exécution de toutes les opérations de la société ; d'où l'arrêt « tire la conséquence, par l'interprétation desdits statuts, que le directeur « avait le pouvoir de recevoir les sommes appartenant à la société et de « donner main-levée des hypothèques inscrites qui en garantissaient le « paiement; — Attendu que, les statuts de la société n'étant pas produits « devant la Cour de cassation, le demandeur ne peut être admis à préten- « dre que, d'après ces statuts, le directeur de la compagnie n'avait pas le « pouvoir de consentir la radiation des inscriptions prises dans l'intérêt de « la société ;

« Attendu, quant à la prétendue irrégularité de l'extrait du registre des « délibérations produit au conservateur, que ce moyen n'a pas été pré- « senté devant les juges du fond ; qu'au surplus cet extrait n'est pas produit « devant la Cour de cassation ; — Que, par suite, ce moyen n'est pas rece- « vable... » (Dev.-Car. 60, 1, 889).

et c'est là, précisément, ce qui constitue *l'action*, puisqu'elle ne diffère de *l'intérêt* que par la cessibilité. Ainsi, dans la société en nom collectif, comme elle est formée en considération des personnes, les associés ne peuvent se faire remplacer par d'autres à qui ils transmettraient leurs droits. Les rapports sociaux doivent rester concentrés entre les personnes qui ont concouru à la formation de la société : donc, la division du capital en actions est impossible. Dans la commandite, elle est facultative : elle aura ou n'aura pas lieu, suivant que la personne des commanditaires aura été prise en considération pour la formation de la société, ou que leur mise seule l'aura été. Enfin, dans la société anonyme, la division dont il s'agit est nécessaire : car il est de l'essence de cette société d'être indépendante de toute considération de personnes ; les choses y sont tout, les personnes rien.

Une autre conséquence de l'impersonnalité et de l'homogénéité de tous les éléments sociaux, c'est l'impossibilité d'une raison sociale : « La société anonyme, dit l'art. 29, n'existe « point sous un nom social. Elle n'est désignée par le nom « d'aucun des associés. » En effet, la raison sociale implique la personnalité d'une partie au moins des éléments de la société. — Cela n'empêchera pas la société anonyme d'avoir un nom qui lui sera propre : car elle est une personne juridique, et toute personne doit avoir son nom. Mais, les éléments de la société anonyme étant impersonnels, ce nom le sera aussi. Il sera tiré de l'objet de son entreprise, comme l'indique l'art. 30. C'est ainsi que l'on dit : *la compagnie du chemin de fer du Nord, de Lyon,* etc., *la Banque de France.*

Quelles sont les conditions de forme requises pour la société anonyme ?

Il faut, dès le principe, un acte authentique (art. 40), puis la publication de cet acte en entier, ainsi que du décret d'autorisation (art. 45), — tandis que, pour la société en commandite par actions, il suffit que l'acte soit revêtu de la forme authenti-

que avant la constitution de la société, et l'on se contente de la publication d'un extrait (1).

L'art. 45 contient des lacunes, auxquelles on peut suppléer par l'art. 42, en ce qui concerne le lieu où l'affiche doit être apposée, le délai dans lequel elle doit l'être (2), le temps pendant lequel elle doit rester apposée.

Mais faudra-t-il que l'affiche soit précédée d'une transcription au greffe du tribunal de commerce? C'est douteux : car l'art. 42 l'exige pour les actes de société en nom collectif et en commandite, mais l'art. 45 n'en parle pas; et, si l'art. 42 l'exige, c'est seulement pour l'extrait, — tandis qu'ici il faudrait transcrire l'acte entier, ce qui serait aller au-delà des termes de l'art. 42 lui-même. D'ailleurs, l'acte étant notarié, par conséquent la minute s'en trouvant dans l'étude d'un notaire, cette transcription serait à peu près surabondante, et je ne pense pas qu'elle soit nécessaire.

Ni le décret de 1814, qui a introduit dans notre législation le principe de la publicité par la voie d'insertion dans les journaux, ni la loi de 1833, qui a définitivement consacré ce principe, n'y ont soumis la société anonyme. N'est-ce pas une incohérence, une contradiction? Non; cela tient à ce que les sociétés anonymes sont soumises à un tout autre régime que les sociétés

(1) Voy. les art. 42 et 43 du Code de commerce, l'art. 1er *in fine* de la loi du 17 juillet 1856. Comp., ci-dessus, p. 285 et suiv., 290 et suiv.

(2) J'indique ici une difficulté qui peut se présenter à propos de toutes les sociétés commerciales. Aux termes du deuxième alinéa de l'art. 42, si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, l'affiche doit avoir lieu au tribunal de commerce de chaque arrondissement. Mais doit-elle avoir lieu partout dans la quinzaine à dater de l'acte de société? Ainsi, une société se forme à Paris; elle doit avoir deux maisons de commerce, l'une à Paris et l'autre dans un arrondissement plus ou moins éloigné : n'aura-t-on qu'une quinzaine, à dater du jour où la société a été constituée à Paris, pour procéder à l'affiche dans cet autre arrondissement? Il paraît bien raisonnable d'augmenter le délai en raison de la distance. Pour la société anonyme notamment, comme elle n'a d'existence que par le décret qui l'autorise, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 1er du Code Napoléon et l'Ordonnance du 27 novembre 1816.

ordinaires. Elles sont assujetties à l'autorisation préalable du gouvernement, et l'on a pensé qu'il fallait laisser au gouvernement le soin, en autorisant la société, de prescrire le mode de publicité qui paraîtrait le plus convenable, tandis qu'un mode de publicité déterminé d'avance par la loi aurait été invariable, et n'aurait pu se plier aux modifications que comporteraient les circonstances. Le gouvernement prescrit toujours l'insertion du décret d'autorisation au *Moniteur* et au *Bulletin des lois;* il pourrait aussi le faire insérer, s'il le jugeait convenable, dans un des journaux de la localité où est établi le siége de la société. L'étude du notaire qui a reçu l'acte de société, et où il est déposé, est toujours indiquée dans le décret d'autorisation.

— J'arrive aux conséquences de l'omission des conditions ou formalités requises. A cet égard, il faut soigneusement distinguer entre l'absence d'autorisation et le défaut ou l'insuffisance de publication :

Si l'autorisation n'a pas été obtenue, la société n'a pu se constituer. Elle est censée n'avoir jamais existé comme société de droit : elle se trouve réduite à l'état de simple fait. Toute personne y ayant intérêt peut en méconnaître l'existence. C'est ce qui résulte de l'art. 37 et des principes de la matière.

Mais s'il y a simplement défaut de publication, la société sera-t-elle nulle? On pourrait le soutenir, en se fondant sur l'art. 45, qui est impératif. Cependant il ne prononce pas la nullité, et je ne crois pas qu'on puisse la suppléer; je le crois d'autant moins que les sociétés anonymes sont soumises à un tout autre régime que les autres sociétés commerciales, et que l'intervention du gouvernement garantit nécessairement une certaine publicité (1).

(1) Cette doctrine se trouve dans un arrêt de la Cour de Nancy, du 22 décembre 1842, où nous lisons notamment ceci : « Attendu que la société « pour l'exploitation des marbres des Vosges était une société anonyme, « établie par acte public et autorisée par Ordonnance royale; qu'à la vérité « il n'est pas justifié de l'apposition de l'affiche de cette Ordonnance et de « l'acte d'association, en conformité de l'art. 45 du Code de commerce,

Maintenant, si l'on compare l'art. 37 avec l'art. 42, on voit qu'il s'agit, dans l'un et dans l'autre, de conditions bien diffé-

« mais que cet article n'attache pas à l'omission de cette formalité la peine « de nullité prononcée par l'art. 42 pour les sociétés en nom collectif et en « commandite... » (Dev.-Car., 43, 2, 381). Voy. aussi en ce sens M. Pardessus, *Cours de dr. comm.*, n° 1042 *bis*. — Mais un arrêt de la Cour de Paris, du 26 janvier 1855, consacre la doctrine opposée :

« Considérant, dit la Cour de Paris, que les associations commerciales « en participation sont seules dispensées des formalités prescrites pour la « validité des sociétés de commerce; — Considérant que pour les autres « sociétés commerciales la loi, pour garantir l'intérêt général du com- « merce, exige que l'acte social soit rédigé par écrit et rendu public; — « Considérant que la société anonyme est assujettie à des formalités toutes « spéciales; qu'elle ne peut être formée que par acte public; qu'elle ne « peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement; et que l'acte d'as- « sociation doit être publié et affiché, non par extrait, mais en son entier, « ensemble et pendant le même temps avec l'acte d'autorisation; — Consi- « dérant que ce surcroît de précautions et cette publication plus complète « sont motivés par la nature même de cette société, où les tiers ont d'au- « tant plus besoin de connaître exactement l'ensemble de la convention « qu'il n'existe pas de raison sociale et que les associés ne sont passibles « que de la perte de leurs intérêts; — Que, par conséquent, les formalités « de publicité sont de rigueur pour la société anonyme, comme pour la « société en nom collectif ou en commandite; que l'inobservation de ces « formalités emporte nullité de la société;... — Considérant que l'inten- « tion du législateur est encore manifestée par l'art. 46 du Code de com- « merce : qu'en effet cet article exige, à peine de nullité, que les actes « portant continuation, dissolution ou modification de toutes sociétés com- « merciales soient rendus publics, conformément aux art. 42, 43 et 44; que « cette nullité est prononcée expressément et sans distinction entre les « sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes; que le défaut de « publication, qui entraîne la nullité de l'acte modificatif, entraîne pareille- « ment celle de l'acte constitutif;... — Considérant que les conditions de « publicité imposées par le décret d'autorisation sont distinctes et indépen- « dantes des formalités exigées par le Code de commerce et ne peuvent les « suppléer... » (Dev.-Car., 55, 2, 66).

La Cour de cassation, dans l'arrêt du 16 mai 1859, que j'ai déjà cité (V. ci-dessus, p. 335) et sur lequel je vais encore revenir dans un instant, a implicitement admis qu'en effet l'art. 42, comme l'art. 43, a pour sanction la nullité de la société. C'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs : voy. MM. Troplong, *Du contrat de société*, t. 1er, n° 252; Molinier, n° 462; Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, n^{os} 237 et 239. — Quand j'examine ce qu'on a dit en faveur de cette opinion, je trouve un seul argument que à mes yeux ait quelque valeur : c'est l'argument que l'on tire de l'art. 46.

rentes et dont l'omission a des conséquences non moins différentes. Dans l'art. 37, il s'agit d'une condition virtuelle, intrin-

« Cet article, dit-on, s'applique à la société anonyme comme aux autres sociétés commerciales; il décide que tous actes portant continuation de la société après son terme expiré, ou dissolution de la société avant le terme fixé pour sa durée, ou en général de nouvelles stipulations ou clauses, sont soumis aux formalités prescrites par les art. 42, 43 et 44, et il prononce la nullité desdits actes en cas d'inobservation de ces formalités : donc l'acte même de société et le décret impérial ont dû être affichés conformément à l'art. 45, sous la même peine de nullité. On ne comprendrait pas, en effet, que, d'une part, le défaut d'affiche de l'acte qui modifie les conventions primitives entraînât nullité de cet acte, et que, d'autre part, le défaut d'affiche de l'acte primitif d'association ne fût point une cause de nullité de ce même acte. La publicité a le même but dans les deux cas : dans les deux cas, le défaut de publicité doit avoir la même conséquence. » Mais cet argument perd beaucoup de sa valeur quand on lit attentivement l'art. 46. En effet, attachons-nous au texte de cet article et admettons qu'il s'applique à la société anonyme comme aux autres sociétés commerciales : de ce qu'il ne contient aucun renvoi à l'art. 37, il faudra nécessairement conclure que l'acte qui vient modifier les statuts d'une société anonyme n'a pas besoin d'être approuvé par le gouvernement, et qu'il suffit que cet acte ait été publié conformément à l'art. 42. Voilà une conséquence qui me paraît nécessaire et que cependant il est impossible d'admettre. Je préfère donc dire que l'art. 46 n'a aucune application au cas de société anonyme; et cela, du reste, ressort suffisamment de ce que, s'il renvoie aux art. 42, 43 et 44, qui parlent des sociétés en nom collectif et en commandite, il ne renvoie pas le moins du monde aux art. 37, 40 et 45, qui parlent des sociétés anonymes. Ainsi, au cas de société anonyme, nous n'appliquerons pas l'art. 46; nous appliquerons seulement ce principe de bon sens, que toute modification qu'on veut apporter à un acte est virtuellement soumise aux conditions qui ont été nécessaires pour la validité de l'acte lui-même. — L'argument tiré de l'art. 46 étant ainsi écarté, je me borne à faire remarquer que, si le législateur avait réellement voulu attacher à l'inobservation de l'art. 45 la nullité de la société anonyme, il n'aurait pas manqué de le dire : il n'aurait eu besoin pour cela que de faire ce qu'il a fait dans l'art. 46, un renvoi à l'art. 42 *in fine*.

Au surplus, en admettant que le défaut d'affiche de la société anonyme soit une cause de nullité, quel serait le caractère de cette nullité? Évidemment, il n'y aurait qu'à reproduire ici ce que nous avons dit pour le cas de défaut de publication d'une société en nom collectif ou en commandite : ainsi, dans tous les cas, ce seront les mêmes personnes qui pourront demander la nullité, et cette nullité une fois prononcée n'aura effet que pour l'avenir (V., ci-dessus, p. 189 et suiv.). C'est aussi ce qu'admettent la Cour de Paris et la Cour de cassation, dans les arrêts que j'ai cités : « Attendu, dit la Cour

sèque, sans laquelle la société ne peut avoir aucune existence; dans l'art. 42, il s'agit simplement d'une formalité postérieure à la formation de la société, et qui n'empêche pas qu'elle ne réunisse toutes les conditions intrinsèques nécessaires à son existence. Aussi la nullité attachée à l'inobservation de l'art. 42 a cela de particulier qu'elle ne peut être opposée aux tiers, qui, cependant, peuvent s'en prévaloir. Si l'on voulait transporter comme sanction dans l'art. 37 le dernier alinéa de l'art. 42, qui consacre cette distinction, on tomberait dans une contradiction manifeste et choquante, on amalgamerait deux principes incompatibles entre eux. N'est-ce pas là un peu ce qu'ont fait les auteurs de la loi de 1856, dans l'art. 6 de cette loi, où ils ont commencé par dire : *Est nulle et de nul effet la société qui ne réunit pas les conditions indiquées par les articles précédents*, — ce qui est dire, en d'autres termes, comme le fait l'art. 37 pour la société anonyme non autorisée, que sans ces conditions la société ne peut pas exister? C'est donc proclamer l'inexistence même de la société; et cependant, au lieu, comme l'a fait l'ar-

« de cassation, que les sociétés anonymes, comme les sociétés commercia-
« les en nom collectif, qui n'ont pas été publiées conformément aux
« art. 42 et 45 du Code de commerce, ne sont pas nulles de plein droit; que
« la nullité de la société... n'avait pas été judiciairement prononcée, et
« qu'elle fonctionnait à l'époque où l'acte de radiation de l'inscription avait
« été consenti par M. à S.; qu'il ne pouvait appartenir au conservateur de
« se refuser à la radiation de ladite inscription sous le prétexte que la so-
« ciété... n'était pas légalement constituée; — Que, d'ailleurs, les actes de
« société produisent leur effet, quoique les statuts n'aient pas été publiés,
« pour tous les faits accomplis antérieurement à la demande en nullité... »
(V., ci-dessus, p. 335).

Suivant M. Delangle (*Des sociétés commerciales*, t. II, nos 478 et 568), l'inobservation de l'art. 45, comme aussi le défaut d'autorisation du gouvernement, aurait pour conséquence de faire de la société anonyme une société en nom collectif : les associés seraient tenus indéfiniment et solidairement envers les tiers. Cette opinion est adoptée par M. Bédarride (*Des sociétés*, t. II, no 394). Je ne vois absolument pas sur quoi elle peut être appuyée; il est évident qu'elle ne tient pas plus compte de l'art. 1202 du Code Napoléon que s'il n'existait pas. Du reste, ce qui a été dit ci-dessus de la société en commandite (p. 226 et 227) devrait sans difficulté s'appliquer à la société anonyme.

ticle 37, de s'en tenir là, ce qui suffisait, on a ajouté une disposition finale empruntée au dernier alinéa de l'art. 42, et par conséquent cette disposition est en désaccord avec la première partie de l'article, — comme elle le serait, si elle se trouvait dans l'art. 37, avec le principe de cet article. C'est regrettable; mais, puisque la loi est telle, il faut, dans l'interprétation, faire autant que possible céder la disposition qui n'est pas logique à celle qui l'est, approprier la sanction à la nature de la règle à laquelle elle s'applique (1).

J'arrive à expliquer l'administration des sociétés anonymes, la manière dont la surveillance des actionnaires s'exerce, enfin les rapports de la société anonyme avec les tiers.

L'administration de chaque société doit être en rapport avec la nature de ses éléments constitutifs. La société anonyme doit donc encore différer à cet égard des autres sociétés : la nature de ses éléments doit nécessairement influer sur la manière dont son administration est organisée. En effet, la société, n'étant composée que d'éléments matériels, ne peut pas emprunter son administration à ses propres éléments : il faut évidemment qu'elle les prenne en dehors d'elle-même. Sous ce rapport, les tiers et les actionnaires sont sur la même ligne et ne diffèrent en rien les uns des autres. La société anonyme peut prendre ses administrateurs aussi bien parmi les personnes étrangères à la société que parmi les actionnaires, parmi les non-commerçants comme parmi les commerçants, — tandis que, quand la société est composée en tout ou en partie de personnes, qu'elle est en nom collectif ou en commandite, c'est aux associés en nom que l'administration est dévolue, elle ne peut être confiée à d'autres. Le choix est donc alors plus circonscrit que dans la société anonyme : il est restreint aux associés en nom, qui, tous personnellement et solidairement responsables des engagements sociaux, sont nécessairement commerçants.

(1) Voy., ci-dessus, p. 297 et suiv.

De ce principe, il résulte une autre différence entre la société anonyme et les sociétés composées de personnes ou de personnes et de choses. Quand la société est anonyme, il n'y a pas, il ne saurait y avoir, de plein droit, un administrateur, puisqu'il n'y a dans la société aucun élément apte à l'administration. Il faudra donc qu'un ou plusieurs administrateurs soient nommés par une clause de l'acte de société ou par une délibération postérieure. Du reste, qu'ils soient nommés d'une manière ou d'une autre, leur caractère ne changera pas pour cela. Ce ne seront toujours que des mandataires ordinaires, qui n'ont d'autre titre que le mandat qui leur est confié, et qui, en conséquence, sont révocables. — Au contraire, quand il existe dans la société un élément personnel, cet élément se trouve naturellement et de plein droit appelé à la gestion. Si donc la société n'est composée que de personnes, elles sont toutes appelées à l'administration : elles ont toutes, en vertu du contrat même, un droit égal à la gestion, et elles le conservent, à moins qu'elles ne l'aient délégué à l'une ou à plusieurs d'entre elles. Dès lors, la nomination des administrateurs a un tout autre caractère que dans la société anonyme : soit que l'administration appartienne à tous les associés, soit qu'elle ait été déléguée à l'un d'entre eux, elle dérive du contrat même de société; elle en est une clause, une condition, et elle participe à son irrévocabilité (1).

Il y a donc à cet égard un contraste frappant entre la société anonyme et les sociétés de personnes. Il est plus frappant encore, s'il est possible, entre la société anonyme et les sociétés de personnes et de choses, les sociétés en commandite. En effet, dans ces dernières, l'administration ne peut appartenir qu'à un seul des deux éléments dont la société se compose. Et, s'il n'y a qu'un associé en nom, il est nécessairement le gérant de la société. Sa nomination dérivant du contrat même de société, il est par suite irrévocable (2).

(1) Voy., ci-dessus, p. 196 et suiv.
(2) Voy., ci-dessus, p. 228 et suiv.

Voilà où l'on arrive quand on considère le principe fondamental de la société anonyme et celui des autres espèces de sociétés. C'est, au surplus, ce qui est dit dans l'art. 31, d'après lequel « la société anonyme est administrée par des mandataires « à temps, *révocables*, associés ou non associés, salariés ou gra- « tuits. »

Cette révocabilité des administrateurs est de l'essence des sociétés anonymes, on ne pourrait pas y déroger : car soumettre cette société, qui est complétement impersonnelle, à la volonté ou à l'autorité d'une ou de plusieurs personnes, ce serait l'altérer dans son principe même. C'est l'administration qui relève de la société ; ce sont les administrateurs qui doivent dépendre d'elle, et elle ne saurait dépendre d'eux comme elle en dépendrait s'ils étaient irrévocables. L'irrévocabilité conférée aux administrateurs de cette société y introduirait un principe, une condition, qui ne peut se rencontrer que dans la société en commandite, dont les éléments sont d'une nature diverse, tandis que dans la société anonyme ils sont tous homogènes, égaux, et ils ne dépendent de personne, si ce n'est d'eux-mêmes (1).

L'art. 31, en consacrant la révocabilité des administrateurs, n'a fait que tirer une conséquence qui dérivait nécessairement de leur qualité de simples mandataires. Mais il résulte du caractère des administrateurs de la société anonyme et de la nature des éléments de cette société, une autre conséquence qui est moins apparente, et qui avait besoin peut-être, quoique très-logique.

(1) Peu importe que les administrateurs aient été nommés dans l'acte même de société : l'art. 34 comprend ce cas tout comme le cas où ils ont été nommés après coup. — Le principe admis par le législateur conduit encore à dire que, si l'assemblée des actionnaires avait prononcé la révocation en se fondant sur une certaine cause, les administrateurs ainsi révoqués ne seraient pas recevables à provoquer devant le tribunal l'annulation de la délibération sous prétexte que la cause indiquée n'existe réellement pas. — Mais l'art. 31 ne me paraît pas s'opposer à ce qu'il soit convenu dans les statuts que, pour prononcer la révocation, l'assemblée des actionnaires devra réunir telle et telle condition, qu'il faudra, par exemple, une majorité des trois quarts, etc.

d'être énoncée dans la loi. Pourra-t-on nommer les administrateurs pour une durée illimitée, — avec faculté, bien entendu, de les révoquer? Au premier abord, il semble que cela doit être permis. Mais, en y regardant de plus près, on reconnaît que ce serait contraire à la nature de la société anonyme. Et cela, pour deux raisons, l'une de droit, l'autre de fait :

En effet, par cela seul qu'il s'agit d'une société anonyme, les personnes n'étant aucunement prises en considération, leur intérêt dans la société est nécessairement cessible. Le capital est représenté par des actions : or, la cessibilité est de l'essence de l'action. Qui dit *action* dit mobilité, renouvellement. — tandis que l'intérêt, par opposition à l'action, représente l'idée positivement contraire, l'idée de la permanence, de l'immobilité. Le personnel des sociétés anonymes est donc, d'après leur nature même, sujet à des changements incessants, et peut être renouvelé en grande partie au bout d'un certain laps de temps. De sorte que, si les administrateurs étaient nommés pour une durée illimitée, il pourrait arriver qu'ils resteraient en fonctions quand ceux qui les ont nommés n'auraient plus d'intérêt dans la société : le mandat survivrait ainsi à ceux qui l'auraient donné, les mandataires au mandant, et ce serait une anomalie. Voilà la raison de droit qui fait que les administrateurs doivent être nommés pour une durée limitée, et même pour une assez courte durée.

A cette raison de droit vient se joindre une raison de fait. La limitation du mandat des administrateurs est une garantie, distincte de celle de la révocabilité et qui la complète. Dans ces sociétés, le nombre des actionnaires est très-considérable, la surveillance est d'autant plus difficile. La révocation, à laquelle les administrateurs résisteront de tout leur pouvoir, parce qu'elle a quelque chose de fâcheux pour eux, qu'elle incrimine leur capacité ou leur moralité, ne pourra être adoptée, ne pourra réunir la majorité nécessaire, que dans des cas rares, exceptionnels. Elle ne suffisait donc pas pour garantir les intérêts des actionnaires. — Au contraire, la limitation du mandat à une courte

durée obligera les administrateurs à en demander le renouvellement, et ils ne l'obtiendront qu'après avoir rendu le compte de leur gestion, et en établissant qu'elle a été profitable à la société. Les rôles sont changés. Les administrateurs sont demandeurs en renouvellement de leur mandat, et c'est à eux à démontrer qu'il y a lieu de le renouveler. Tel, dont il serait impossible de faire prononcer la révocation, n'osera peut-être pas demander le renouvellement de son mandat, et, dans tous les cas, se le verra refuser indubitablement.

On voit pourquoi l'art. 31 ne s'est pas contenté de dire que les administrateurs des sociétés anonymes étaient *révocables*. Il les a qualifiés de mandataires *à temps*, c'est-à-dire dont le mandat doit être limité à une certaine durée (1).

Mais l'art. 31 porte, de plus, que les administrateurs sont salariés ou gratuits. Et cela paraît tout à fait surabondant et sans objet : car, si les administrateurs veulent gérer gratuitement, ils en sont assurément bien libres, et, d'un autre côté, on ne peut évidemment pas les empêcher de se faire allouer un salaire. Cette disposition ne peut s'expliquer qu'historiquement. Elle était destinée à indiquer une différence entre l'administration des sociétés anonymes et l'administration des faillites. Celle-ci était gratuite, lorsqu'elle était confiée à des créanciers (2). On aurait pu croire qu'il devait en être de même pour la société anonyme, quand les administrateurs étaient des actionnaires. Il y a, en effet, cette analogie entre les sociétés anonymes et les faillites qu'elles sont, les unes et les autres, composées uniquement de choses, et que l'administration en doit être confiée à des personnes, lesquelles y ont ou n'y ont pas intérêt. Pourtant, la

(1) Si dans l'acte de société des administrateurs étaient nommés pour un temps très-long, pour trente ou quarante ans, le gouvernement ne devrait pas approuver cette clause ; mais l'eût-il approuvée, le tribunal aurait toujours un pouvoir discrétionnaire pour rechercher si l'on n'a pas eu l'intention d'éluder l'art. 31, et, cette intention une fois reconnue, il annulerait la clause.

(2) Art. 485 du Code de 1808 : « Si les agents ont été pris parmi les « créanciers, ils ne recevront aucune indemnité. »

distinction que les rédacteurs du Code avaient admise, quant au salaire, entre les créanciers et les non-créanciers en matière de faillite, cette distinction ne leur avait pas paru applicable en matière de sociétés anonymes : voilà pourquoi ils avaient dit, *associés ou non-associés, salariés ou gratuits*, exprimant par là que les administrateurs peuvent être salariés alors même qu'ils seraient associés. Mais aujourd'hui cette disposition est sans objet : car, en 1838, la distinction consacrée par le Code en matière de faillite entre les créanciers et les non-créanciers a été supprimée par le nouvel art. 462 ; et dès lors, si on révisait le Code de commerce, on devrait retrancher de l'art. 31 comme inutiles ces mots : *salariés ou gratuits*.

J'ai maintenant à expliquer la surveillance à laquelle sont soumises les sociétés anonymes.

Cette surveillance est de deux sortes.

Il y a d'abord une surveillance d'intérêt public. Elle est exercée par un commissaire spécial, appelé *commissaire du gouvernement*, parce que c'est le gouvernement qui le nomme. Il est chargé de veiller à l'observation des règlements auxquels la plupart des compagnies anonymes, celles qui ont pour objet l'exploitation des chemins de fer notamment, sont assujetties pour la sécurité des tiers et du public.

En second lieu, les sociétés anonymes sont soumises à une surveillance d'intérêt privé. Celle-ci appartient, non à chaque actionnaire isolément, individuellement (car l'intervention directe et personnelle des actionnaires serait une source d'embarras et n'est pas admissible), mais à la majorité des actionnaires. Cette majorité elle-même exerce son droit de surveillance par délégation, par l'entremise d'un conseil de surveillance, dont elle nomme les membres ; elle peut, du reste, les prendre parmi les actionnaires ou en dehors des actionnaires, à son gré, et elle peut les nommer pour le temps qu'elle juge convenable. — Il y a donc à cet égard une différence entre les sociétés anonymes, qui ne relèvent en ce point que de la convention, et les com-

mandites par actions, qui sont soumises à des dispositions auxquelles elles sont tenues de se conformer à peine de nullité.

Quant aux pouvoirs des membres du conseil de surveillance, ils sont également déterminés par les statuts de la société ou par la délibération qui les nomme, et ils peuvent être fort étendus ou fort restreints suivant que les actionnaires le jugent convenable. Les membres de ce conseil n'ont pas à craindre de faire acte de gestion : car la gestion ne leur est pas interdite comme dans la société en commandite. C'est encore une différence entre ces deux espèces de sociétés.

Le conseil de surveillance ne pouvant se réunir qu'à des époques plus ou moins rapprochées, ne pouvant pas rester en permanence, il est assez d'usage, pour que la surveillance soit permanente et continue, que le conseil de surveillance se fasse représenter par l'un de ses membres, qu'il délègue à cet effet, et qu'on appelle généralement *censeur*. Ce délégué, qui est un surveillant permanent, fait son rapport à chaque réunion du conseil. De la sorte, la surveillance n'éprouve pas d'intermittence et s'exerce d'une manière continue.

Les actionnaires pourraient conférer au conseil de surveillance le droit de révoquer le gérant; mais, en général, ils se réservent ce droit à eux-mêmes. Ils se bornent à autoriser le conseil de surveillance à prononcer, dans les cas extraordinaires et d'urgence, la révocation du gérant, sauf à en référer à l'assemblée générale des actionnaires, qui statue définitivement, maintient ou annule la révocation.

Quant à la responsabilité des membres du conseil de surveillance, elle est régie purement et simplement par le droit commun. A cet égard encore, la société anonyme diffère de la commandite par actions. Quand la commandite est par actions, les membres du conseil de surveillance sont soumis à la responsabilité personnelle et solidaire dans trois cas, savoir :

1° Lorsque la société est annulée (1). Cette cause de respon-

(1) Voy. l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856; ci-dessus, p. 314 et suiv.

sabilité est exorbitante, complétement en dehors du droit commun, et ne saurait être en aucune façon étendue aux sociétés anonymes.

2° Lorsque sciemment ils ont laissé commettre des inexactitudes graves dans les inventaires, et que ces inexactitudes ont été préjudiciables à la société ou aux tiers (1). Ce n'est là que l'application du principe que chacun est responsable de ses fautes, et cela s'applique aussi bien à la société anonyme qu'à la société en commandite.

Il en est de même de la troisième cause de responsabilité, c'est-à-dire de la connivence à la distribution de dividendes fictifs (2). C'est une fraude dont les membres du conseil de surveillance seront responsables, aussi bien quand la société sera anonyme que quand elle sera en commandite : car la loi de 1856 n'a fait à cet égard que consacrer un principe de droit commun. Mais cette loi va plus loin : elle prononce, en pareil cas, contre le gérant, la peine de l'escroquerie (art. 13, n° 3). Et l'on ne pourrait pas appliquer cette disposition aux administrateurs d'une société anonyme : car elle n'est faite que pour les commandites et on ne peut pas étendre une disposition pénale. Il y a donc à cet égard une lacune dans la législation : en effet, ce genre de fraude n'est pas moins condamnable quand la société est anonyme, que quand elle est en commandite. On aurait dû, dans l'art. 13 n° 3 de la loi de 1856, insérer un paragraphe qui rendit cette disposition commune aux sociétés anonymes ; mais on ne l'a pas fait, et nous ne pouvons pas à cet égard suppléer au silence de la loi.

Quel est le rôle et quels sont les pouvoirs des administrateurs de la société anonyme? Ils représentent la société. Mais entre eux et les gérants des sociétés en nom collectif ou en commandite, il y a une différence frappante. Les gérants des sociétés en

(1) Voy. l'art. 10 de la loi du 17 juillet 1856 ; ci-dessus, p. 307.
(2) Même art. 10.

nom collectif ou en commandite sont bien des mandataires, sans doute. Cependant on a évité de leur donner ce nom, parce que chez eux cette qualité de mandataire n'est pas isolée : elle en suppose une autre, à laquelle elle se rattache, dont elle est un accessoire, un attribut pour mieux dire, celle d'associé en nom; et, en cette dernière qualité, ils sont personnellement et solidairement responsables de tous les engagements sociaux. Cette responsabilité dérive donc, non pas de la qualité d'administrateur, mais de celle d'associé en nom, à laquelle elle est jointe. Aussi les administrateurs des sociétés en nom collectif et en commandite ont des pouvoirs très-étendus : ils peuvent contracter des engagements pour des sommes dont le chiffre est illimité, car ils en assument la responsabilité en même temps qu'ils l'imposent à la société. Et ils n'ont pas besoin, à chaque engagement qu'ils veulent contracter, de justifier de leurs pouvoirs : en effet, ces pouvoirs résultent suffisamment de leur qualité d'administrateurs, qui est notoire, qui est indiquée, une fois pour toutes, dans l'extrait de l'acte de société (1).

A tous ces points de vue, la condition des administrateurs des sociétés anonymes est différente. Leur qualité d'administrateurs ne se rattache à aucune autre, elle est principale et indépendante de toute autre; en un mot, comme je l'ai déjà dit, ce sont de simples mandataires qui obligent leur mandant, c'est-à-dire la société, et ne s'obligent pas eux-mêmes. Quant à leurs pouvoirs, ils ne sont pas autres que ceux des mandataires ordinaires : leurs pouvoirs seront donc déterminés par l'acte qui les nommera. Là ils seront tenus, pour contracter, de produire cet acte : car, comme ils sont nommés temporairement, comme ils sont d'ailleurs révocables, les tiers ne peuvent pas connaître d'avance leur qualité d'administrateurs. Il faut donc que ceux-ci en justifient, ainsi que de la suffisance de leurs pouvoirs.

C'est pourquoi les sociétés anonymes ne conviennent qu'aux grandes entreprises, où tout est prévu, réglé à l'avance, qui

(1) Voy. l'art. 43 du Code de commerce.

n'exigent pas une décision rapide, une exécution prompte et énergique. Elles sont impropres aux opérations journalières du commerce, pour lesquelles il faut une action vive, rapide, instantanée. Evidemment, une pareille action est incompatible avec le mécanisme des sociétés anonymes, mécanisme puissant, mais compliqué, qui fonctionne lentement, péniblement, et ne comporte ni spontanéité ni vivacité dans son exercice.

— Je passe aux rapports des administrateurs avec les tiers.

Le Code de commerce ne s'est pas occupé de ces rapports. Il s'est contenté de dire, ce qui, en effet, comprend tout, mais pèche par trop de laconisme, que les administrateurs des sociétés anonymes sont de simples mandataires. Quand ils contractent, ils obligent donc la société, mais ils ne s'obligent pas eux-mêmes, ils ne s'obligent pas même subsidiairement. Ainsi, les tiers n'auront contre eux aucune action personnelle. Ils n'auront pour obligé que la société. Ils pourront donc la poursuivre même devant le tribunal de commerce (1), la faire condamner, la faire déclarer en faillite, et se faire payer de préférence à tous autres sur son actif; mais leurs droits ne s'étendront pas au-delà. Je le répète, ils n'auront pas d'action, même subsidiaire, contre l'administrateur.

Ce principe en lui-même est incontestable (2), et la jurisprudence en a fait l'application à un cas où l'équité semblait, jusqu'à un certain point, s'y opposer. Un administrateur de société anonyme avait chargé un avoué de suivre pour la société une instance importante. Cet avoué avait, par suite, fait des avances pour la société. On ne prétendait pas qu'elles fussent exagérées, ou qu'il y eût eu faute de sa part à les avoir faites : on ne contestait pas sa créance. Mais on lui disait que, la société ayant été déclarée en faillite et étant insolvable, il n'y avait pas d'argent pour le payer, et que, n'ayant pas de cause

(1) Devant quel tribunal de commerce ? C'est un point que j'examinerai dans un instant.

(2) Il est explicitement formulé dans l'art. 32 du Code de commerce.

de préférence sur l'actif social, il devait, comme les autres créanciers de la société, se contenter du dividende qui lui revenait, quelque faible qu'il pût être. L'avoué, de son côté, soutenait qu'il avait une action, au moins subsidiaire, contre l'administrateur qui lui avait donné mandat de postuler pour la société. Mais cette prétention, quoiqu'en elle-même assez conforme à l'équité, devait être écartée : car l'administrateur n'avait agi que comme mandataire de la société, et l'avoué avait à s'imputer de n'avoir pas exigé la garantie personnelle de l'administrateur, au moins pour le cas où la société serait insolvable (1).

Les créanciers de la société n'auront pas d'action non plus contre les actionnaires, au moins quand ces actionnaires auront versé leurs mises : car ils ne sont pas tenus au-delà (2). Mais, quand ils seront encore débiteurs, en tout ou en partie, de leur apport, ils pourront être poursuivis et condamnés à exécuter leur engagement.

Ici se présente une question commune aux sociétés anonymes et aux sociétés en commandite, tant par intérêt que par actions. Les commanditaires ou actionnaires, débiteurs de tout ou partie de leur mise, pourront-ils être poursuivis directement par les tiers comme engagés envers eux, ou bien ne pourront-ils l'être que du chef de la société, comme n'ayant pris qu'envers elle l'engagement de verser leur mise?

Nous savons quel est l'intérêt de cette question (3).

Nous savons aussi que, dans l'ancien droit, les auteurs et la

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 6 mai 1835 : « Attendu que le direc-« teur d'une société anonyme, en chargeant un avoué d'occuper pour cette « société dans un procès, ne fait qu'un acte de gestion n'emportant contre « lui aucune obligation personnelle; que la société, seule obligée à rai-« son du mandat qu'elle a donné, est seule tenue de rembourser les avan-« ces et frais faits pour son exécution; qu'en le jugeant ainsi dans l'espèce, « et rejetant la demande directement formée contre l'administrateur, l'ar-« rêt a fait une juste application de l'art. 32 du Code de commerce, et n'a « point violé les art. 1998 et 1999 du Code civil. »

(2) Art. 33 du Code de commerce.

(3) Voy., ci-dessus, p. 242 et 243.

jurisprudence, en général, refusaient aux tiers toute action directe. La question ne s'élevait, du reste, que pour les commandites par intérêt : les commandites par actions et les sociétés anonymes sont des inventions modernes. Dans l'ancien droit, on ne pouvait pas, en effet, décider autrement : car alors la commandite n'avait pas de raison sociale, le gérant agissait en son propre et privé nom, et aucune publication n'était exigée quand parmi les commanditaires il y avait des non-commerçants. Mais aujourd'hui il en est autrement sur ces deux points : il faut toujours une raison sociale, dans la commandite comme dans la société en nom collectif, et il faut toujours une publication, quelle que soit la qualité des commanditaires. Dès lors, ne s'ensuit-il pas qu'on doit reconnaître aux tiers une action directe? Je le crois. Les tiers traitent directement avec la société, et la société se compose de la personne des commandités et des sommes versées ou simplement promises par les commanditaires : donc les tiers ont action de leur chef pour obtenir que la promesse soit remplie, puisque cette promesse elle-même est un des éléments de la société.

Ajoutons, et cet argument paraît péremptoire, que l'extrait de l'acte de société qui est publié, et dont la publication forme un contrat entre les tiers et la société, doit faire mention des sommes non-seulement versées mais promises. Donc cette promesse fait partie du contrat qui se forme entre la société et les tiers, et ils ont, pour en réclamer l'exécution, une action directe.

C'est en ce sens que la jurisprudence paraît à peu près fixée. Cependant il y a encore quelque dissidence. La considération qui peut faire hésiter est grave en elle-même : c'est que les commanditaires n'ont pas voulu faire un acte de commerce, et, dès lors, il semble qu'ils ne doivent pas être contraignables par corps. Mais il resterait toujours à savoir si les tiers seraient passibles ou non des mêmes exceptions que la société; et, d'ailleurs, la promesse de verser telle ou telle somme faisant partie du contrat qui intervient entre les tiers et la société, contrat essentiellement commercial, il est impossible de ne pas appliquer à

toutes les clauses de ce contrat les conséquences de son caractère commercial. Les commanditaires sont ici considérés comme détenteurs d'un élément social, et tenus, à cet égard, comme la société elle-même, c'est-à-dire commercialement. Leur responsabilité remplace la mise (1).

Quand la société est anonyme, la question présente moins de difficulté. En effet, il n'y a alors aucune personne envers qui l'engagement puisse être pris : il l'est donc envers les tiers, comme envers l'être juridique *société*, qui n'est formé que de choses (2).

(1) Voy. ci-dessus, p. 243 et suiv.; p. 290, note 3. Voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, t. III, n° 33, et les auteurs qu'ils citent. — Joignez l'arrêt de la Cour de Paris, du 10 janvier 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 188), déjà cité, ci-dessus, p. 297, note 1.

(2) A mon sens, la raison de décider est exactement la même, soit qu'il s'agisse d'une société en commandite, soit qu'il s'agisse d'une société anonyme. Dans un cas comme dans l'autre, celui qui promet de verser une somme de..., à titre de commandite ou en qualité d'actionnaire, s'engage directement envers deux classes de personnes : 1° envers l'être moral *société;* 2° envers les créanciers sociaux. Seulement, il est bien entendu que le paiement valablement fait à la société le libère envers les tiers, et *vice versâ*.

— En résumé, celui qui est devenu créancier d'une société anonyme ne peut pas poursuivre l'administrateur comme obligé personnellement, bien qu'il ait contracté avec cet administrateur : l'administrateur n'était que l'organe de la société, il ne figurait point dans le contrat *proprio nomine*. Ce tiers créancier ne peut pas davantage considérer les actionnaires comme personnellement obligés (en supposant qu'ils ont versé leurs mises) : car l'administrateur n'a pas agi comme mandataire des individus actionnaires, mais comme mandataire de la personne appelée *société*. C'est donc seulement à la société que ce tiers créancier peut s'en prendre, c'est seulement le patrimoine de la société qui forme le gage de sa créance, c'est seulement contre la société qu'il obtiendra jugement de condamnation.

Mais quel est précisément le tribunal qu'il devra saisir de sa demande ?

Examinons successivement la question au point de vue de la compétence *ratione materiæ* et au point de vue de la compétence *ratione personæ :*

1° La compétence *ratione materiæ* appartiendra, en général, au tribunal de commerce (Code de comm., art. 631 et suiv.). Mais il serait possible que, dans des cas particuliers, elle lui eût été enlevée par quelque loi spéciale. C'est ainsi que la loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix* décide, dans son art. 2, que les juges de paix prononceront sans appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance, sur les contestations entre les voyageurs et les voituriers ou bateliers, pour retards, frais de route

Une dernière question, commune à toutes les sociétés dan lesquelles la généralité des associés, ou quelques-uns seulement,

et perte ou avarie d'effets accompagnant le voyageur. Et il arrive assez souvent qu'une compagnie de chemin de fer est poursuivie devant le juge de paix par application de cet article.

2° Quant à la compétence *ratione personæ*, il faut partir de l'idée que la société anonyme, comme en général toute société commerciale, est une personne qui a un domicile : nous dirons donc, par application de l'art. 59 du Code de procédure, qu'elle doit être assignée, tant qu'elle existe, devant le juge du lieu où elle est établie. Du reste, comme tout autre commerçant, la société pourrait encore être assignée, aux termes de l'art. 420 du même Code, soit devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit devant le tribunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Mais on s'est bien souvent demandé dans la pratique, en ce qui concerne les compagnies de chemins de fer, si, en mettant de côté ces deux derniers cas prévus par l'art. 420, un seul tribunal est compétent, celui du lieu où se trouve le siége social. Ne faut-il pas dire, au contraire, qu'une compagnie de cette espèce doit être considérée comme ayant autant de domiciles qu'elle a d'établissements, c'est-à-dire de gares ou de stations, et qu'elle peut, par conséquent, être poursuivie devant les différents tribunaux dans le ressort desquels elle a préposé un agent, un chef de gare ? Sur ce point, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît être que la compagnie ne peut pas être poursuivie devant un tribunal, par cela seul qu'une gare est établie dans le ressort de ce tribunal, mais qu'elle peut être poursuivie devant le tribunal du lieu où elle a son principal établissement, bien que le siége social soit ailleurs, et de même devant le tribunal du lieu où elle a établi un préposé, par exemple un chef de gare, avec pouvoir de la représenter en justice. C'est du moins ce qui me paraît résulter de plusieurs arrêts que je vais reproduire ici :

Arrêt du 4 mars 1845 : « Considérant que, quelle que soit l'importance « de l'établissement commercial créé à Rouen par la compagnie anonyme « du chemin de fer de Paris à Rouen, il n'en est pas moins vrai que c'est « à Paris que les statuts de cette compagnie ont fixé le siége de la société « et le centre de son administration ; que c'est dès lors l'établissement de « Paris qui est la maison sociale et le principal établissement ; et que, d'a- « près les art. 59 et 69 du Code de procédure, c'est devant les juges de « Paris, lieu du domicile de la compagnie, qu'elle devait être assignée ; — « Que c'est à tort qu'on soutient qu'une société doit avoir autant de domi- « ciles commerciaux qu'elle a d'établissements ; qu'une société est un être « moral dont la condition, sous le rapport du domicile, est déterminée par « les art. 102 et suiv. du Code civil ; — Qu'il est vrai que, lorsqu'une société « de commerce a contracté des obligations, fait des livraisons de marchan- « dises, promis d'effectuer des paiements, dans des lieux autres que celui « du siége social, l'action dirigée contre elle peut suivre le *forum contrac-* « *tus* plutôt que le *forum rei*, conformément à l'art. 420 du Code de procé-

sont affranchis de la responsabilité personnelle, est de savoir si les créanciers sociaux auront, quand la société sera insolvable,

« dure; mais que ces circonstances ne se rencontrent pas dans l'espèce, et « qu'il faut s'en tenir à la règle générale d'après laquelle le tribunal du « domicile du défendeur est le tribunal naturellement compétent » (Dev.-Car., 45, 1, 273).

Arrêt du 4 mars 1857 (arrêt de rejet de la Chambre civile) : « Attendu « que, suivant l'art. 102 du Code Napoléon, le domicile de tout Français « est au lieu où il a son principal établissement; — Attendu que, si, aux « termes de l'art. 69 § 6 du Code de procédure, les sociétés de commerce « doivent être assignées en leur maison sociale, considérée comme étant « le lieu de leur établissement principal, une même société peut avoir « plusieurs maisons, situées en divers lieux, réunissant les conditions d'un « tel établissement, et, par conséquent, avoir plusieurs domiciles; que no- « tamment le Code de commerce suppose qu'il peut en être ainsi, lorsqu'il « exige que les publications prescrites par ses art. 42 et 43 soient remplies « auprès du tribunal de commerce de chacun des arrondissements dans les- « quels aura son siége l'une des maisons appartenant à la même société; « — Attendu, en fait, que le défendeur, qui a souffert, dans l'arrondisse- « ment de Bordeaux, en vertu de la loi du 3 mai 1841, l'expropriation de « partie de sa propriété, dans l'intérêt de la société anonyme des chemins « de fer du Midi et du canal latéral de la Garonne, a donné assignation à « cette société pour obtenir un complément d'indemnité....; Attendu « que, ce propriétaire ayant cité la compagnie dans la personne de ses « administrateurs à Bordeaux, aux bureaux de la société, la Cour impé- « riale de Bordeaux, en rejetant la demande en annulation de cette assigna- « tion, a motivé son arrêt sur la déclaration suivante, savoir : *que le prin- « cipal établissement de la société se trouve à Bordeaux, où convergent toutes « les lignes des chemins de fer du Midi, où siége un comité directeur*, etc.; « — Attendu qu'en l'état de ces faits, c'est sans fondement que la société « demanderesse s'est prévalue, au soutien de son pourvoi, de l'élection de « domicile qu'elle avait faite, dans son cahier des charges, à Paris...; que la « réalité de ce domicile à Paris n'est nullement en contradiction avec « l'existence d'un autre établissement principal à Bordeaux... » (Dev.-Car., 58, 1, 264. — Ajoutez trois arrêts de la même Chambre civile, du 16 janvier 1861 (Dev.-Car., 61, 1, 451).

Enfin arrêt du 5 avril 1859 (arrêt de cassation de la Chambre civile) : « ... Attendu que les statuts de la compagnie des chemins de fer de Paris « à Lyon et à la Méditerranée fixent son siége et son domicile à Paris, et « qu'il n'apparaît pas qu'elle ait établi à Dijon des agents ayant mandat et « capacité pour la représenter en justice; — Attendu qu'un tel mandat n'est « point attaché aux fonctions du chef de gare, chargé du service actif et « qui n'aurait mission et capacité pour recevoir les assignations adressées à « la compagnie qu'en vertu d'une délégation spéciale dont l'existence n'est « pas alléguée; — Attendu qu'en décidant, en cet état des faits, que la

contre les associés dont la responsabilité est limitée à leur mise, une action en restitution des sommes à eux distribuées sous forme de répartition de dividende.

Il semble que cette action doit leur être accordée. En effet, les actionnaires ou commanditaires ont pu retirer de la société, sous forme de dividende, des sommes égales ou supérieures à celles qu'ils y avaient versées, et ils pourraient se trouver bénéficier quand la société est insolvable.

Mais ces considérations ne résistent pas à l'examen. D'abord il est clair que, si on admettait ce système, on frapperait de défaveur toutes les entreprises de ce genre, puisque ceux qui y mettraient des fonds ne pourraient en retirer aucun profit qui ne fût éventuellement sujet à rapport, et, dès lors, il n'y aurait pour eux aucune sécurité. De deux choses l'une : ou les répartitions de dividendes ne sont que des prélèvements exercés sur le fonds social, parce qu'au moment où ces distributions ont eu lieu, il n'y avait pas de bénéfices, la société n'avait pas d'excédant d'actif, et alors l'action en rapport sera admise (1); ou

« compagnie avait pu être assignée devant le juge de paix du canton ouest « de Dijon, qui n'est pas le juge de son domicile,... le jugement attaqué a « expressément violé les art. 69 et 70 du Code de procédure.... » (Dev.-Car., 59, 1, 673).

(1) C'est absolument comme si l'actionnaire ou commanditaire avait retiré une partie de sa mise. Or il est bien certain, aux termes des art 26 et 33, que celui qui s'associe valablement en qualité d'actionnaire ou de commanditaire perd toute espèce de droit sur sa mise : il ne peut pas être tenu au-delà de sa mise, mais la mise a cessé de lui appartenir, elle n'est plus en aucune manière à sa disposition. D'ailleurs, ce serait évidemment aller contre la convention intervenue entre la société et le public que d'admettre le retirement dont il s'agit. Si en fait il a eu lieu, il faut y voir un pur fait dont les créanciers sociaux ne doivent pas souffrir : ils peuvent donc, au moyen d'une action en rapport, remettre les choses dans l'état où la loi veut qu'elles soient. C'est là une vérité sur laquelle aucun doute ne paraît possible et qui effectivement a été consacrée par de nombreux arrêts. — Je vais jusqu'à dire que cette action en rapport appartient même aux créanciers sociaux qui ne sont devenus tels que depuis le retirement : en traitant avec la société, ils ont dû compter que le montant des mises annoncées au public n'avait pas été diminué par des restitutions faites aux actionnaires ou commanditaires.

bien, au contraire, tout s'est passé régulièrement, les bénéfices étaient réels, il n'y a eu aucun intérêt légitime de lésé : alors les créanciers qui ne le sont devenus que postérieurement à la distribution des dividendes, n'ont jamais eu de droit de gage sur les sommes qui en ont fait l'objet, et, par conséquent, ne sont pas recevables à en demander le rapport. Même quant aux créanciers antérieurs, ils ne peuvent se plaindre non plus de cette distribution, puisqu'au moment où elle a été faite la société était solvable, leurs gages suffisants, et que les sommes distribuées l'ont été conformément à leur destination, destination qu'ils n'ont pu ignorer. Voilà comment cette question doit être envisagée (1).

(1) Ainsi, un dividende ayant été réparti à une époque où d'après l'inventaire la société était en bénéfice, de manière que la répartition ne portât que sur le bénéfice net réellement existant à cette époque, les actionnaires ou commanditaires sont à l'abri de toute action en répétition, lors même que plus tard la société deviendrait insolvable et serait mise en faillite. La Cour de cassation, par un arrêt de cassation du 14 février 1810, a reconnu qu'il en était ainsi sous l'empire de l'Ordonnance de 1673 (Dev.-Car., *Coll. nouv.*, t. III, 1, 150). Et, dans la discussion du Code de commerce au Conseil d'État, cette doctrine a été consacrée d'une manière bien positive. En effet, une disposition avait été présentée par M. Béranger, d'après laquelle le commanditaire devait être tenu de contribuer aux pertes dans la proportion des bénéfices qu'il aurait faits précédemment. On répondit que les bénéfices reçus étaient réputés consommés ; — que la proposition, si elle était adoptée, changerait la condition du commanditaire, dont la prérogative était de ne pouvoir perdre au-delà des fonds apportés dans la société ; — qu'elle éloignerait les capitalistes, dont aucun ne voudrait prendre part à des conventions qui le soumettraient, après dix années peut-être, à rapporter un dividende qu'il aurait employé à ses dépenses journalières ; — que la loi avait toujours été appliquée de la sorte, sans que le crédit des sociétés en commandite fût altéré. Sur cette réponse, M. Béranger retira sa proposition. — Presque tous les auteurs admettent, en effet, qu'il n'y a jamais lieu à répétition quand des dividendes ont été régulièrement distribués. Voy. MM. Troplong, *Du contrat de société*, t. II, n° 846 ; Delangle, *Des sociétés commerciales*, t. 1er, nos 345 et suiv. ; Molinier, nos 465 et 555 ; Bédarride, *Des sociétés*, t. 1er, nos 226 et suiv., et n° 300. — Le Code de commerce hollandais (art. 20) contient une disposition formelle en ce sens.

Mais que décider si l'actionnaire ou commanditaire, qui à la suite de l'inventaire annuel pouvait régulièrement toucher une somme à titre de part dans les bénéfices, avait consenti à la laisser dans la caisse sociale en la

* Dans la pratique anglaise, je l'ai déjà dit (*suprà*, p. 325), les *joint stock limited companies* sont à peu près l'équivalent de nos sociétés anonymes.

faisant porter à son crédit ? La société étant plus tard devenue insolvable, peut-il prélever la somme dont il s'agit, sans avoir à craindre une action en rapport du chef des créanciers sociaux ? Je constate tout d'abord que l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1810, que je viens de citer, est absolument étranger à cette question : dans l'espèce, le commanditaire avait touché un dividende après un inventaire et à une époque où la société jouissait de tout son crédit. M. Devilleneuve commet donc une inexactitude quand il prétend que la question qui vient d'être posée est résolue affirmativement par l'arrêt du 14 février 1810 (Dev.-Car., 43, 2, 389, note 2). Sur cette dernière question, je pose en principe que l'actionnaire ou commanditaire doit être traité comme un tiers qui aurait prêté à la société la somme dont il s'agit : j'en conclus qu'en cas de faillite de la société il viendra au marc le franc avec les autres créanciers, et que, si depuis la cessation de paiements il avait touché la somme entière, il pourrait être contraint au rapport conformément à l'art. 447 du Code de commerce. Il m'est tout à fait impossible d'admettre avec M. Bédarride (t. I, nos 233-235) que la somme ainsi laissée dans la société se réunit à la mise, qu'elle doit en suivre le sort, et que, par conséquent, l'actionnaire ou commanditaire n'y aura aucun droit tant que toutes les dettes de la société ne sont pas payées : il m'est impossible de voir pourquoi le droit que les tiers ont acquis sur le montant de la mise par suite de la publicité donnée à la société s'étendrait nécessairement aux sommes que, par suite d'une simple convention avec le gérant, l'actionnaire ou commanditaire a laissées dans la caisse sociale quand il pouvait les toucher sans avoir à craindre aucune espèce de recours. J'ai bien peur qu'il n'y ait pas là autre chose qu'une application irréfléchie du vieux brocard *accessorium sequitur principale*.

Ce qui vient d'être dit au sujet des dividendes s'applique-t-il également aux intérêts? Je remarque d'abord qu'un actionnaire ou commanditaire ne peut avoir droit aux intérêts de sa mise qu'en vertu d'une convention spéciale. Lors même qu'il y a une convention spéciale, les intérêts sont-ils réellement dus en l'absence de bénéfices? Sur ce point, j'adopte pleinement l'idée que je trouve exprimée dans un arrêt de la Cour d'Orléans du 20 décembre 1860 (déjà cité ci-dessus, p. 307 et 308, en note) : « En « appréciant les caractères essentiels de toute société, dit la Cour, on con- « çoit difficilement une distribution d'intérêts pris sur le capital : pareille « distribution fait supposer un prêt, inconciliable avec la position d'asso- « cié, et semble heurter les principes posés par les art. 1845 du Code Na- « poléon, 26 du Code de commerce, et consacrés de nouveau par l'art. 3 « de la loi du 17 juillet 1856. » Comme le dit M. Bédarride (t. Ier, no 224), les mises sont devenues la propriété de la société : il serait donc contraire à la nature des choses qu'elle payât un loyer quelconque de valeurs

Jusqu'à ces derniers temps, les caractères que nous regardons comme constitutifs de la société anonyme (personne juridique, susceptible d'avoir une durée indéfinie et tout à fait indépen-

qui lui appartiennent. L'intérêt auquel elle s'est engagée ne peut consister que dans le prélèvement d'une partie du produit de ces mises, c'est-à-dire du bénéfice qui en sera résulté. Ainsi, la clause que les mises porteront intérêt doit s'entendre en ce sens que l'intérêt sera prélevé sur les bénéfices; et la clause que les actionnaires ou commanditaires auront droit à l'intérêt de leurs mises, même en l'absence de bénéfices, doit être considérée comme nulle. Cette doctrine une fois admise, l'intérêt a évidemment la nature d'un dividende : comme le dividende, il suppose nécessairement un bénéfice réalisé par la société. Lors donc qu'un intérêt a été payé, lors aussi que celui qui pouvait le toucher a consenti à le laisser dans la caisse sociale, il faut appliquer purement et simplement les décisions données précédemment pour le cas où un dividende a été touché et pour le cas où l'ayant droit l'a laissé dans la caisse sociale. Effectivement, la Cour de cassation, dans son arrêt du 11 février 1810, n'établit aucune différence entre l'intérêt et la part de bénéfices que le commanditaire avait touchés à une époque où la société jouissait de la plénitude de son crédit, et elle exclut l'action en rapport pour l'un comme pour l'autre. — Mais aujourd'hui cette doctrine n'est point admise en jurisprudence : on considère, en général, comme parfaitement valable la clause portant que les commanditaires ou actionnaires auront toujours droit à l'intérêt de leurs mises, même en l'absence de tous bénéfices. Voici notamment ce que je lis dans un jugement du tribunal de commerce de Rouen, du 16 août 1844 :

« Attendu que l'art. 6 de l'acte de société dit que les intérêts du capital « de chacun des contractants seront calculés à 6 p. 100, qu'ils seront portés « au crédit de chacun avant l'inventaire, et pourront être prélevés par « eux s'ils le jugent convenable; — Attendu que le prélèvement des intérêts était le résultat d'une convention susceptible d'être appréciée par les « tiers intéressés à consulter l'acte de société des sieurs L. M. et H. avant « d'ouvrir un crédit quelconque à cette maison; — Attendu que cette stipulation est approuvée et sanctionnée par l'usage général du commerce, « usage attesté par un grand nombre d'arrêts et de commentateurs; — Attendu que, lorsqu'elle existe, les intérêts, en cas de bénéfice ou en cas « de perte, font partie des frais généraux; — Qu'il est raisonnable, qu'il est « juste que la répartition des intérêts soit faite même en cas de perte : car « aucun capitaliste ne consentirait à devenir commanditaire ou actionnaire « d'une entreprise commerciale, s'il n'était du moins certain de toucher « l'intérêt de son argent, ne fût-ce qu'en vue de pourvoir à son existence... »

A la date du 14 décembre 1844, cette décision est confirmée purement et simplement par la Cour de Rouen. Pourvoi en cassation, de la part des créanciers de la société, pour violation des art. 1832 et 1835 du Code civil

dante de la vie ou de la mort des différents associés, lesquels ne sont point tenus au delà de leur mise et peuvent changer d'un moment à l'autre), ces caractères se retrouvaient seulement

et des art. 23 et suiv. du Code de commerce : suivant eux, il suffisait que la société fût en perte pour que l'intérêt n'eût pas pu être perçu et pour qu'il dût être restitué, attendu que les intérêts prélevés par un associé ne peuvent être qu'une sorte de bénéfice. Mais la Cour (Chambre des requêtes), par son arrêt du 19 mai 1847, rejette le pourvoi, en se bornant à dire, ce qui, on en conviendra, ne jette pas beaucoup de lumière sur la question : « Attendu que l'arrêt attaqué constate qu'il résulte formelle-« ment et textuellement de l'acte de société que le sieur H., associé com-« manditaire, avait le droit de prélever chaque année, même avant l'in-« ventaire, les intérêts de sa mise sur le pied de 6 p. 100; — Attendu que « cette clause n'a rien d'essentiellement contraire à la qualité d'associé « commanditaire .. » (Dev.-Car., 47, 1, 585). — Ainsi, suivant cette jurisprudence, que je ne puis admettre, le commanditaire exige chaque année l'intérêt de sa mise, bien que la société n'ait fait aucun bénéfice, bien qu'elle soit en perte, et, cet intérêt lui étant payé, il n'aura jamais à le rapporter. Que déciderait-on dans ce système si, au moment où la société est déclarée en faillite, des intérêts étaient dus au commanditaire en vertu de la clause que nous supposons? On déciderait sans doute que pour ces intérêts le commanditaire viendra au marc le franc avec les autres créanciers; peut-être serait-il plus conséquent d'aller jusqu'à dire que, du moins pour les intérêts non encore échus lors du jugement déclaratif, il viendra par préférence à tous les autres créanciers, qu'il exercera un prélèvement, attendu que le public a dû s'y attendre en consultant l'acte de société !

Suivant M. Troplong (t. 1er, nº 191), la clause qui nous occupe ne blesse aucun principe de droit : « Comment ne voit-on pas, dit-il, que, dès l'instant « que les statuts ont permis des répartitions d'intérêts avant que l'entre-« prise ne fût productive, c'est comme s'il avait été convenu, clairement « et invinciblement convenu, que le capital nominal ne serait pas le capi-« tal effectif; et que la mise consisterait, non dans la somme versée, mais « dans ce qui en resterait après les intérêts payés ? » Je me bornerai à une observation bien simple. C'est que, d'après cette idée, le commanditaire qui a versé 600 fr., en stipulant 6 p. 100 d'intérêt annuel indépendamment de tout bénéfice, aura bien le droit de toucher 36 fr. au bout de la première année, mais non au bout de la deuxième, encore moins au bout de la troisième : évidemment, si le capital diminue chaque année, l'intérêt qu'il peut produire doit diminuer dans la même proportion. Pourtant, telle n'a certes pas été l'intention du commanditaire en stipulant la clause dont il s'agit : il entendait très-bien toucher chaque année l'intérêt à 6 p. 100 d'un capital fixe de 600 fr. Donc, même avec le point de vue de M. Troplong, la clause a quelque chose de contraire à la loi.

Voy., au surplus, sur cette question des intérêts, les excellentes observa-

dans la *trading corporation*. Celle-ci supposait l'obtention d'un acte du Parlement ou d'une charte royale ; or, pour obtenir l'un ou l'autre, il y avait souvent de grandes difficultés à vaincre, et toujours des sommes énormes à payer. Une loi du 14 juillet 1856, complétée et améliorée par des lois de 1857 et de 1858, est venue permettre à toute *joint stock company* d'obtenir d'une manière beaucoup plus facile et moins dispendieuse les avantages qui jusqu'alors avaient été exclusivement réservés à la *trading corporation*. En effet, toute société composée d'au moins sept personnes, qui a un capital fixe, divisé en actions d'un montant déterminé et égal (ces actions sont toujours nominatives), toute société de cette espèce, dès l'instant qu'elle a été enregistrée par un fonctionnaire particulier et moyennant des droits que la loi établit, forme une corporation (*a corporate body*), qui a un nom à elle, une existence dont la durée est illimitée, et la faculté de posséder des terres.

Sous peine d'amende, la société doit avoir un *office*, un siége social, enregistré, où pourront lui être adressées toutes communications.

Au moins une fois par an, il est dressé une liste de tous les actionnaires. Cette liste doit faire connaître quel est le montant du capital nominal de la société et en combien d'actions il est

tions de M. Delangle (t. 1er, nos 361 et suiv.). — Dans le projet de loi que la Commission de la Chambre des députés avait substitué, en 1838, au projet du gouvernement (Voy., ci-dessus, p. 270), il y avait un art. 23, ainsi conçu : « Dans toutes les sociétés par actions, aucune répartition ne pourra être faite aux actionnaires, sous quelque dénomination que ce soit, que sur les bénéfices nets constatés par les inventaires... Toute répartition faite sans inventaire, ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire, sera sujette au rapport. »

Remarquons enfin que souvent il est dit dans les actes de société que les bénéfices serviront d'abord, dans une certaine proportion, à constituer *un fonds de réserve*. Alors évidemment, dans la doctrine que je viens d'exposer comme me paraissant seule exacte, les répartitions de dividendes à faire aux actionnaires ou commanditaires ne peuvent avoir pour objet que les bénéfices qui restent après déduction de la somme acquise au fonds de réserve.

divisé, quel est le nombre des actions déjà souscrites, le montant des appels faits sur chacune, etc. Une copie authentique de cette liste est transmise à l'enregistreur; le public est admis à en prendre connaissance et même à s'en faire délivrer expédition.

La société doit se réunir en assemblée générale au moins une fois par an. L'assemblée générale peut modifier les statuts. Il faut pour cela une résolution votée par les trois quarts des actionnaires, représentant les trois quarts du capital, laquelle résolution devra être confirmée à une assemblée subséquente. Copie de la résolution devra être transmise à l'enregistreur.

Lorsqu'un actionnaire ne verse pas au jour voulu le montant de l'appel fait sur lui, son action peut être déclarée *forfaite :* la société est alors investie du droit d'en disposer à son gré ; l'actionnaire n'en demeure pas moins obligé de payer le montant des appels non versés antérieurement à la forfaiture.

La société a des directeurs qui exercent tous ses pouvoirs, sauf les restrictions apportées par la loi, par les statuts, ou par les décisions de l'assemblée générale. — A la première assemblée ordinaire de chaque année, un tiers des directeurs se retire; du reste, les directeurs sortants sont rééligibles.

Il ne peut être servi de dividendes que sur les profits réalisés par la société. En cas de contravention, les directeurs deviennent personnellement et solidairement responsables de toutes les dettes de la société (1). *

DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION.

Nous avons expliqué les sociétés de personnes ou de crédit ; puis les sociétés de crédit et de capitaux, soit celles où la per-

(1) Voyez pour plus de détails, à défaut du texte même de la loi anglaise, le résumé qu'en donne M. Colfavru (*Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 88 et suiv.).

sonne des bailleurs de fonds eux-mêmes entre dans la société, en est un des éléments constitutifs, soit celles où la personne des bailleurs de fonds n'entre pas dans la société et s'efface derrière leur mise, — en d'autres termes, les commandites par intérêt et les commandites par actions; enfin les sociétés de capitaux, dont l'élément personnel est complétement exclu, autrement dites sociétés anonymes.

Il reste à expliquer une dernière combinaison, sans laquelle certaines opérations commerciales n'auraient pu se faire en société; je veux parler des opérations qui sont limitées à un ou plusieurs actes de commerce. En effet, ces sortes d'opérations ne comportent pas les complications, les formalités, les lenteurs inséparables de sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes. Il fallait donc ajouter aux sociétés déjà indiquées une forme particulière d'association qui fût appropriée à ces opérations, qui fût simple et rapide comme elles, affranchie de toute condition de publicité, et même de toute formalité pour sa constatation. C'est ce mode d'association qui constitue ce qu'on appelle *les associations commerciales en participation*.

La première question qui s'élève au sujet de ces associations, c'est de savoir si elles constituent ou non une véritable société. Les rédacteurs du Code de commerce semblent tout à la fois leur avoir refusé et leur avoir attribué ce caractère. En effet, ils n'ont pas compris ces associations dans l'énumération qu'ils ont faite, art. 19, des sociétés commerciales (1); et, dans l'art. 48, ils ont dit que ces associations ne relevaient que de la convention, non-seulement quant aux objets, aux proportions d'intérêt pour lesquelles elles auraient lieu, mais encore quant aux conditions et aux formes, ce qui est bien indiquer que ces associations rentrent purement et simplement dans la catégorie gé-

(1) Le projet primitif des commissaires rédacteurs mentionnait quatre espèces de sociétés commerciales, parmi lesquelles se trouvait *la société en participation*. La commission du Conseil d'État proposa la rédaction qui a passé dans le Code.

nérale des contrats. D'un autre côté, ils ont dit, dans l'art. 47, que la loi reconnaît les associations commerciales en participation, ce qui est pour ces associations l'équivalent de ce que l'art. 19 fait pour les autres sociétés. Et dans l'art. 50, nous voyons que : « Les associations commerciales en participation « ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres « sociétés, » — ce qui est dire que les associations en participation sont des sociétés d'un genre à part, sans doute, mais qu'elles n'en ont pas moins le caractère de société, sans quoi l'art. 50 serait inutile.

Comment concilier ces dispositions, qui semblent reconnaître au même contrat deux caractères opposés? Pour résoudre cette difficulté, il faut se reporter à l'ancien droit, auquel on a emprunté les associations en participation : il faut voir quelle idée s'en faisaient les anciens auteurs, Savary, Jousse, Pothier. Or, ils attestent que ces associations étaient connues sous des noms fort divers : on les appelait tantôt *associations*, tantôt *sociétés en participation ;* on les appelait aussi *comptes en participation, compte à demi ;* enfin *sociétés anonymes*, quoiqu'elles n'eussent rien de commun avec les sociétés qu'on désigne aujourd'hui sous ce nom. C'est ce qui résulte d'abord d'un passage de Pothier, que voici :

« La société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi *compte « en participation*, est celle par laquelle deux ou plusieurs per- « sonnes conviennent d'être de part dans une certaine négocia- « tion, qui sera faite par l'une d'entre elles en son nom seul.

« Par exemple, je trouve une certaine partie de marchandises « à acheter pour revendre. N'ayant pas les fonds nécessaires « pour faire seul cette négociation, je vous propose par lettre « missive si vous voulez en être de part avec moi. Vous me faites « réponse que vous le voulez bien et que vous me ferez tenir « les fonds nécessaires pour votre part. En conséquence, je fais « la négociation seul en mon nom. C'est une société anonyme « qui est contractée entre nous, dans laquelle je suis le seul as- « socié connu et vous l'associé inconnu » (*Contrat de société*, n° 61).

Voici un passage de Savary, qui conduit absolument au même résultat :

« Il reste maintenant d'expliquer la troisième sorte de société, « que l'on appelle *anonyme*, qui se fait aussi parmi les négo- « ciants et les marchands ; elle s'appelle ainsi, parce qu'elle est « sans nom et qu'elle n'est connue de personne, comme n'im- « portant en façon quelconque au public ; tout ce qui se fait en « la négociation, tant en l'achat qu'en la vente des marchan- « dises, ne regarde que les associés chacun en droit soi, de « sorte que celui des associés qui achète est celui qui s'oblige « et qui paie au vendeur, celui qui vend reçoit de l'acheteur ; « ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce « personne, il n'y a que celui qui agit, qui est le seul obligé ; « ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre, en « ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'au- « tres par écrit, et la plupart se font par lettres missives que les « marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre : les con- « ditions en sont bien souvent brèves, n'y ayant qu'un seul et « unique article, et elles finissent quelquefois le jour même « qu'elles sont faites » (*Parfait négociant*, t. 1^er^, p. 368).

Entre le droit actuel et l'ancien droit, il y a donc d'abord cette différence, que les rédacteurs du Code n'ont employé qu'une seule dénomination pour désigner les associations dont il s'agit, tandis que les anciens auteurs en employaient plusieurs.

Ces dénominations usitées dans l'ancien droit indiquent déjà qu'il existait des différences, et même d'assez notables différences, entre les divers contrats auxquels on les appliquait. Effectivement, nous voyons que Savary distinguait plusieurs espèces d'associations commerciales.

La première qu'il indique, celle qui peut être considérée comme le type des associations commerciales en participation, et dont parle aussi Pothier, se rencontre dans le cas où un homme, commerçant ou non commerçant, propose à différentes personnes de s'intéresser pour une certaine somme dans l'achat et la revente qu'il a l'intention de faire d'une certaine quantité

de marchandises, d'une cargaison de grains ou d'une certaine quantité de pièces de vin. Dans ce cas y a-t-il un contrat de société ? Nullement : car la première condition requise pour toute société, c'est qu'il y ait un accord, un concours de volontés, entre tous les associés. Or, dans l'espèce, les divers participants sont étrangers les uns aux autres, ne se connaissent pas ; ils ont, chacun de leur côté, contracté avec le chef, l'entrepreneur de l'opération, mais ils n'ont pas contracté ensemble.

Ce ne sont donc pas des associés : il n'y a donc pas là véritable société. Qu'y a-t-il? Un contrat innomé, qui, aujourd'hui, comme autrefois, s'appelle *association en participation*, parce qu'il a de l'affinité avec la société : en effet, il y a une réunion de capitaux. Mais il diffère de la société bien plus qu'il ne lui ressemble. Quels sont les caractères et les effets de ce contrat? Ils dérivent tous de l'intention qui y a présidé, du but que s'est proposé celui qui en a pris l'initiative. Or, il a entendu se réserver le droit de diriger seul l'opération, de la conclure en son nom, sous sa responsabilité, avec une entière liberté, à la charge de rendre compte à ses participants. Aussi était-il de principe constant dans l'ancien droit :

1° Que cette association n'avait qu'un seul chef, un seul représentant, qu'elle était représentée par celui avec qui les divers participants avaient contracté ;

2° Que les pouvoirs du gérant étaient aussi étendus que si l'affaire le concernait seul, que s'il la faisait pour son propre compte ;

3° Que les participants ne se trouvaient en aucune façon en contact avec les tiers, qu'il y avait entre eux une sorte de barrière infranchissable, le gérant de l'association ;

4° Que, si ce dernier devenait insolvable, les tiers qui avaient contracté avec lui pour cause relative à la participation ne pouvaient exercer aucun droit de préférence à l'encontre de ses autres créanciers : ils étaient tous obligés de venir par contribution ;

5° Que les participants n'avaient aucun droit de propriété ni

de copropriété dans le fonds de l'association, de sorte que, quand même l'opération dans laquelle ils avaient pris un intérêt aurait réussi, quand même, par suite, ils auraient eu une action à exercer contre le gérant, action en attribution de la part leur revenant, — si le gérant était insolvable, ils ne pouvaient venir que par contribution avec les créanciers de ce gérant, parce qu'il n'y avait pas pour eux de droit réel, de droit au partage, mais une simple action personnelle en reddition de comptes et en paiement de ce qui leur revenait, en un mot, une créance;

6° Enfin que le gérant devait toujours être assigné à son domicile.

Voilà des règles qui étaient constantes dans l'ancien droit. Le genre de contrat qu'elles présupposent, et dont elles dérivent, subsiste-t-il encore aujourd'hui? Sans aucun doute : car les opérations auxquelles il est destiné à servir d'instrument n'ont pas changé, et il n'est pas moins utile, pas moins nécessaire qu'autrefois. Il produira aujourd'hui les mêmes effets que dans l'ancien droit. Il est donc compris sous cette dénomination générale d'*association en participation*. C'est pourquoi les rédacteurs du Code n'ont pas dû faire figurer dans l'art. 19 les associations en participation au nombre des sociétés commerciales, puisqu'il arrivera souvent que ce ne seront pas des sociétés; et ils ont eu raison de s'exprimer sur ces associations comme ils l'ont fait dans l'art. 48, de dire :

« Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations « de commerce; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, « avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues « entre les participants. »

Maintenant, de ce que les associations en participation seront souvent des contrats tout autres que des sociétés, s'ensuit-il qu'on ne puisse pas, pour faire l'opération que j'ai supposée, avoir recours, non plus au contrat innomé d'association en participation, mais à une véritable société en participation? Pourquoi ne le pourrait-on pas, si la convention réunit toutes les conditions voulues pour constituer une société? Supposons, par exemple,

que celui qui a eu la pensée de l'opération, qui en a pris l'initiative, ait réuni tous ceux dont il voulait réclamer le concours, et qu'ils soient tous convenus de verser chacun une somme d'argent; il a été entendu que toutes ces sommes réunies formeraient un fonds social, qui serait employé à l'opération qu'on a en vue, que les bénéfices et pertes se répartiraient entre tous les contractants en proportion de leur intérêt, enfin qu'à la dissolution de l'association chacun des contractants aurait un droit de copropriété dans le fonds de l'association, dans les choses qui en dépendraient. Est-ce qu'il n'y aurait pas là une véritable société? Assurément; et il est impossible d'en douter, lorsqu'on se reporte à l'art. 1832 du Code Napoléon, qui a défini le contrat de société.

D'ailleurs, si les associations en participation ne pouvaient pas présenter le caractère de sociétés, pourquoi le législateur en aurait-il parlé dans le Titre *Des sociétés*? pourquoi aurait-il consacré plusieurs des articles de ce Titre, qui en contient si peu, à ces associations? On ne le comprendrait pas.

Enfin, n'y aurait-il pas une lacune dans le cadre des sociétés, s'il se trouvait certaines opérations qu'on ne pût y faire rentrer, qu'on ne pût faire en société, parce qu'aucune des formes de sociétés reconnues ne pourrait s'y appliquer?

Il faut donc tenir pour certain qu'indépendamment du contrat innomé d'association en participation, rien n'empêche qu'on n'emploie, pour faire le même genre d'opérations, une véritable société en participation. Pourtant, dans la pratique, par suite de vieilles habitudes, on est assez enclin à méconnaître cette vérité. La Cour d'appel de Paris a même jugé, en confirmant une sentence arbitrale, qu'il était de l'essence de l'association en participation que le gérant fût seul propriétaire de toutes les valeurs composant le fonds de l'association (1). Oui,

(1) L'arrêt de la Cour de Paris est du 17 novembre 1848. Sur le point qui nous occupe, il adopte purement et simplement les motifs des arbitres. Or, voici ce que je lis dans la sentence arbitrale :

« Attendu que, d'après les art. 19, 42, 47, 48, 49 et 50 du Code de commerce,

sans doute, il en sera ainsi quand les parties ne se seront pas exprimées d'une manière suffisamment explicite pour enlever à

« l'association en participation ne doit pas être confondue avec les sociétés « commerciales régulièrement et publiquement constituées ; qu'elle ne « représente pas un être moral possédant un avoir connu, particulier et « distinct, sur lequel un droit de préférence puisse être reconnu et cons- « taté en faveur des personnes ou des capitaux composant un être moral ; « — Qu'en effet, les sociétés admises par le Code de commerce, c'est-à- « dire les sociétés anonymes, les sociétés en commandite, les sociétés « en nom collectif, offrent tous les caractères de cet être moral, qui se « compose des personnes et des capitaux réunis pour une suite indiquée « d'opérations, les résume et les représente seul aux yeux du public et « dans les transactions commerciales; que, par cette raison, le Code de « commerce entoure leur création de formalités rigoureuses de publicité, « dont la moindre infraction est une cause de nullité; qu'elles ont une rai- « son sociale, un domicile indiqué, en un mot, une existence particulière, « réelle, et positivement déterminée dans sa durée et dans ses actes; — « Attendu qu'il n'en saurait être ainsi d'une association passagère et rela- « tive à des actes isolés, n'ayant ni raison sociale ni siége établi ni publi- « cité, et n'offrant, en définitive, aucune des garanties exigées pour la « formation des sociétés; — Que dans une telle association le public ne « peut connaître que la personne avec laquelle il traite, et ne rencontre « aucune des responsabilités que les sociétés régulières lui présentent; — « Que, d'après l'usage et la jurisprudence en vigueur sous l'Ordonnance de « 1673, la propriété absolue des objets mis en association en participation « résidait, comme dans l'espèce, dans la personne de l'associé administra- « teur, tenu de rendre compte à ses associés des profits et des pertes, et « devenant débiteur direct de ceux-ci; — Que le Code de commerce n'in- « dique aucune innovation ou changement à cette jurisprudence, admise « par Pothier et les auteurs anciens; qu'il la confirme plutôt, en donnant « à la participation une dénomination qui suffit seule pour la distinguer « des sociétés légales et pour lui imprimer un tout autre caractère; — Que « ces principes ont été constamment professés par la Cour de cassation, « notamment dans deux arrêts à la date du 2 juin 1834 et du 19 mars 1838; « — Que ce ne serait donc qu'à l'aide d'une confusion manifeste des règles « qui dominent les sociétés avec celles qui s'appliquent aux associations en « participation que les sieurs R. et Cie pourraient se croire en droit de ré- « clamer un droit de propriété sur une somme provenant de la vente des « marchandises achetées, il est vrai, en participation, mais dont, aux yeux « du public et de tous les contractants, le sieur L. a été le seul proprié- « taire... » (Dev.-Car., 49, 2, 200).

Il est facile de voir qu'en réalité deux questions sont traitées ici par les arbitres : ils ont eu le tort (bien d'autres l'ont eu aussi) de ne pas suffisamment distinguer ces deux questions, de croire qu'au fond elles n'en

leur convention le caractère du contrat innomé dont j'ai parlé, quand il y aura doute sur leur intention, mais non quand elles

faisaient qu'une. En effet, ils commencent par admettre (et j'admets avec eux, comme on le verra un peu plus loin) que l'association commerciale en participation ne forme pas une personne morale. Puis ils admettent, par voie de conséquence, que l'associé administrateur est seul propriétaire des valeurs composant le fonds de l'association. Il y a là une erreur manifeste : de ce que ces valeurs n'appartiennent pas à un être moral *association*, on ne peut, sans manquer aux règles de la logique, conclure que les participants n'en sont point copropriétaires. C'est précisément l'inverse qui serait vrai : si l'on commençait par admettre la propriété d'un être moral *association*, alors de toute nécessité on serait conduit à exclure la copropriété des divers participants.

En somme, une fois qu'on a reconnu que l'association en participation n'est pas un être moral, susceptible d'être propriétaire, on n'a pas indiqué par là même en qui réside la propriété des choses qui forment l'objet de l'association. Ces choses peuvent appartenir exclusivement à l'associé administrateur ; elles peuvent aussi appartenir par indivis aux divers participants. Ce n'est pas encore tout :

« Les uns prétendent, disent MM. Delamarre et Lepoitvin (*Traité de droit commercial*, t. VI, nos 103 et 104), que la participation est aussi bien un *être moral* que toutes les autres sociétés. Dans ce système, les choses mises ou achetées en commun constituent à la participation un patrimoine propre, gage particulier de ses propres créanciers, non-seulement à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé et des associés eux-mêmes, mais même à l'exclusion des créanciers de l'associé qui seul a contracté en son seul et privé nom.

« Un autre système est de dire : « La participation n'est pas une société : « elle manque des conditions requises par l'art. 1832 du Code Napoléon. La « copropriété des apports ne s'y communique pas. Tout y est individuel, « propriété et industrie. »

« Ces deux systèmes sont deux erreurs, et, chose qu'on ne voit pas souvent, quoique opposées l'une à l'autre, elles n'en ont pas moins une seule et même origine. En effet, leurs partisans respectifs prennent pour point commun de départ leur commune opinion qu'un *être moral* est de l'essence de toutes les sociétés indistinctement, sans en excepter la société civile ; et, cela posé, les uns disent : *La participation est une* SOCIÉTÉ, *elle est donc* ÊTRE MORAL ; — les autres : *La participation n'est pas un* ÊTRE MORAL, *elle n'est donc pas une* SOCIÉTÉ. »

Nous avons là une nouvelle manière de voir, suivant laquelle, l'association en participation n'étant pas une société, n'étant pas un être moral, il en résulte que chacun des participants reste propriétaire *privatif* de l'objet ou des objets qu'il apporte dans l'association. C'est même en cela que consiste, suivant M. Troplong, le caractère essentiel de l'association en

auront manifesté clairement la volonté de former une véritable société, qui alors sera une société en participation.

On le voit, les mots *association en participation* ne sont point, comme les expressions *société en nom collectif, en commandite, anonyme,* la désignation spécifique d'un contrat un et identique, toujours le même et invariable : ce sont, au contraire, des expressions générales et vagues, qui, remplaçant les anciennes dénominations, lesquelles, comme je l'ai montré, étaient multiples et diverses, comprennent des contrats de nature fort différente, qui n'ont pas toujours, mais qui peuvent avoir, lorsque telle est l'intention clairement manifestée des parties, le caractère de société.

Envisageons donc à ce point de vue les associations en participation, considérons-les comme des sociétés. Comment les distinguera-t-on des autres espèces de sociétés? Par le but qu'elles se proposeront, but qui sera plus restreint, plus circonscrit, que celui des autres espèces de sociétés. Cette différence est clairement indiquée par le rapprochement des art. 20 et 48. Les sociétés commerciales ont pour objet de faire le commerce, art. 20; les sociétés en participation ont pour but de faire une ou plusieurs opérations de commerce, art. 48. Ainsi, les premières sont

participation : « Qu'est-ce qui caractérise la participation? dit cet éminent magistrat (t. I, n° 499). Le voici : D'abord elle est occulte, essentiellement occulte. Quel que soit son objet, si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation... Mais ceci ne suffit pas; il est un autre trait auquel on doit aussi s'attacher : c'est que la participation ne confond pas la propriété des mises; c'est que les parties ne se sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société; c'est qu'en se réunissant elles retiennent la propriété de leurs apports... C'est là le signe caractéristique et saillant. »

Cette idée ne me paraît pas plus exacte que celle des arbitres dont j'ai reproduit la sentence. La personnalité de l'association en participation étant une fois mise de côté, il faut dire simplement que c'est la volonté des participants qui règle si chacun reste propriétaire privatif de ce qu'il apporte, ou s'il devient copropriétaire par indivis de la masse, ou enfin si la propriété de la masse se trouve concentrée tout entière entre les mains de l'associé administrateur.

générales (c'est la qualification que leur donnait l'Ordonnance de 1673), les secondes particulières.

Les sociétés en participation ne diffèrent pas moins des autres sociétés quant aux conditions de forme : car elles sont affranchies de toute formalité de publication, et même de toute rédaction d'acte. Cette différence est une conséquence de la première. Pour que la société jouisse de cette liberté, de cette immunité de formalités, il ne suffit pas qu'on l'ait qualifiée d'*association en participation ;* il faut que, par sa nature et son objet, elle ait réellement le caractère de ces sortes de sociétés, sans quoi elle serait nulle pour défaut de forme. Il faudra donc, quand on établira une société, afin de savoir si l'on peut ou non se dispenser de la rédiger par écrit, et de la publier au moins par extrait, il faudra examiner si elle a pour objet de faire le commerce, ou, au contraire, de faire seulement une opération, ou quelques opérations qui se succèdent, mais ne naissent pas les unes des autres, et ne forment pas cette masse, cet ensemble d'opérations qui constitue l'exercice du commerce ou d'une branche du commerce. Si elle a seulement pour objet une ou plusieurs opérations déterminées, on pourra se dispenser de toute formalité ; dans le cas contraire, on ne le pourra pas, quelle que soit la dénomination qu'on ait donnée à la société (1).

(1) Cette doctrine de M. Bravard n'a point prévalu dans la jurisprudence : il résulte d'un assez grand nombre d'arrêts que c'est seulement à la constitution, au mode d'action de la société, qu'on devra s'attacher pour voir si elle est ou non une association en participation. Voici notamment un arrêt de la Cour de Rennes, du 28 janvier 1856, rendu dans une espèce où des entrepreneurs de roulage s'étaient associés à l'effet d'exploiter pendant quinze ans toutes les routes aboutissant à une ville :

« Considérant, dit la Cour, que la nullité de la société expressément « qualifiée, par l'acte du 11 juin 1853, *société en participation*, n'est pour- « suivie que par l'une des parties contractantes, et que l'appelant la fait res- « sortir du caractère même des conventions sociales, soit parce qu'elles vio- « leraient les conditions essentielles et légales des associations en partici- « pation, soit parce qu'elles auraient en réalité constitué une société en « nom collectif sans la soumettre aux formalités prescrites par la loi à peine « de nullité ; — Considérant que le Code de commerce, après avoir déclaré « (art. 19) qu'il reconnaît trois espèces de sociétés commerciales, dont il

On le voit donc, ceux-là se méprennent étrangement qui s'imaginent que la société est ou n'est pas en participation, sui-

« définit les caractères et dont il détermine les conditions d'existence, « ajoute (art. 47) qu'il reconnaît, en outre, des associations commerciales « en participation, qu'il dispense (art. 50) des formalités prescrites pour les « autres sociétés, et dont il abandonne (art. 48) les objets, les formes et les « conditions à la liberté des conventions; — Considérant qu'en admettant « même que, dans la pensée du législateur comme dans les habitudes du « commerce, ce dernier mode d'association dût s'appliquer plutôt à des « opérations commerciales déterminées à la fois dans leur nature et dans « leur nombre qu'à une série indéfinie d'actes commerciaux, limitée seule- « ment par la durée même de la société, il ne s'ensuit pas nécessairement « qu'il faille trouver là le caractère essentiel qui distingue la société en « participation des trois autres genres de sociétés commerciales; que, si « telle eût été la volonté du législateur, il l'eût exprimée dans un langage « qui eût pu facilement devenir plus précis et plus restrictif que ne le sont « les termes dans lesquels est conçu l'art. 48 et qui semblent, au contraire, « avoir été calculés pour ne rien enlever aux conventions de la latitude « qui pouvait favoriser le progrès du commerce et que pourraient ren- « dre nécessaire ses développements ultérieurs; — Considérant que ce « n'est pas par leur objet, mais par la constitution même et par le mode « d'action de leur personnalité civile, que la loi distingue les différents gen- « res de sociétés commerciales; que les conditions de leur existence légale « sont corrélatives aux exigences d'ordre public et d'intérêt général que « suscitent les éléments conventionnels de leurs individualités respectives; « que, par suite, ces conditions ne peuvent être imposées, en raison et en « droit, que dans les hypothèses même qui les ont fait introduire; — Con- « sidérant que la société du 11 juin 1853, en même temps qu'elle était « formée dans le but d'éviter une concurrence jugée ruineuse, s'est pro- « posé de maintenir aux diverses maisons de commerce par lesquelles elle « était contractée leur existence particulière; — Que, si elle a eu un fonds « social, composé de la valeur estimative de chacune des maisons, c'est « seulement au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes; « que, si elle a eu son siége particulier et un conseil d'administration, c'est « principalement pour l'établissement et le contrôle de la comptabilité; que, « du reste, il était stipulé que les opérations du commerce de roulage « seraient traitées par chacune des maisons associées, en son nom person- « nel et sous sa raison particulière;... — Considérant que la loi définit la « société en nom collectif celle qui a pour objet de faire le commerce sous « une raison sociale, et que les conditions de publicité qu'elle lui impose « ont spécialement pour but de faire connaître la constitution et le mode « d'action de la personnalité civile que désigne cette raison sociale; que la « société du 11 juin 1853, bien loin d'avoir eu pour objet de faire le com- « merce sous une raison sociale, n'a consisté que dans le partage propor- « tionnel des bénéfices procurés par l'action individuelle et indépendante des

vant que les formes usitées pour les sociétés en général ont été ou n'ont pas été observées. C'est un contre-sens, si l'on peut employer cette expression, ou plutôt c'est prendre l'effet pour la cause. La nécessité ou la dispense des formes est une conséquence de la distinction et non pas un moyen de la faire. Cette distinction dépend uniquement du but de la société, de la nature de ses opérations.

« diverses maisons de roulage dont elle se composait; que, par là même, elle « ne constitue qu'une société en participation, et que ni la multiplicité ni « la continuité des actes auxquels elle s'appliquait, ni les mesures intérieures prises pour sauvegarder l'intérêt commun, ne lui font perdre ce « caractère; qu'il ne saurait dès lors appartenir à l'un de ceux qui l'ont « formée et qualifiée de la métamorphoser pour l'annuler, en prétendant « que ses associés et lui-même n'ont pas pu faire légalement ce qu'ils ont « voulu faire et ce qu'ils ont fait.... » (Dev.-Car., 57, 2, 10).

Voy., dans le même sens, un arrêt de la Cour d'Agen, du 23 novembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 23).

Au fond, c'est la théorie de MM. Delamarre et Lepoitvin: « Ce qui constitue éminemment l'essence de la participation, disent ces savants jurisconsultes, c'est que l'associé qui agit n'use que de son propre crédit. » Et, un peu plus loin, après avoir parlé de la personnalité attachée aux sociétés en nom collectif, en commandite et anonymes, ils ajoutent : « Tout en favorisant cette création ingénieuse, le commerce n'a eu garde de répudier le contrat de société, pur de fiction et non moins nécessaire à ses besoins que les sociétés personnifiées. Il ne se fait pas chaque jour, par centaines, des sociétés personnes morales, tandis qu'à chaque heure du jour il se contracte, il s'improvise des participations sans nombre et d'une indicible variété. La société - contrat, la société *juris gentium* subsiste donc toujours et continue de subsister à côté de la société-personne, et c'est ce contrat, appliqué au commerce, que la loi a nommé *association en participation*... Considérée *in genere*, la participation commerciale est une société qui peut rester occulte, et est telle que la convention veut la faire, moins la société collective, anonyme ou en commandite » (t. VI, nos 102 et 105). Voy. également, au t. III, no 31.

Il m'est impossible de me ranger à cette théorie; celle de M. Bravard me paraît seule exacte. En effet, il y a deux choses qu'il importe de ne pas perdre de vue. La première, c'est que Savary distingue quatre sortes de sociétés en participation, et que dans les quatre exemples qu'il donne il s'agit toujours d'un contrat ayant pour objet une opération unique ou du moins des opérations bien déterminées. La deuxième, c'est qu'en présence des termes de l'art. 48 il n'est vraiment pas permis de croire que les rédacteurs du Code de commerce aient eu l'idée d'innover à cet égard. — Voy. aussi M. Delangle, t. II, nos 606 et suiv.

Cela posé, quels sont les caractères, je ne dis plus de l'association, mais de la société en participation?

Le premier de ces caractères, qui lui est commun avec les sociétés civiles et avec le contrat innomé d'association, c'est d'être un contrat purement consensuel (1);

2° La société en participation diffère de l'association, en ce que, étant régie par les principes généraux du contrat de société, elle peut avoir plusieurs gérants; tous les associés pourraient même être gérants;

3° Les pouvoirs du gérant ou des gérants ne pourront pas excéder certaines limites, et les actes à titre gratuit n'y seront jamais compris (2);

4° Les participants, que le gérant, comme tel, n'a pas le pouvoir d'obliger envers les tiers, pourront lui donner à cet effet un mandat spécial, ou s'obliger eux-mêmes directement envers les tiers, et alors ils seront obligés solidairement. Je le prouve d'abord par l'art. 1862 du Code Napoléon (3). Je le prouve encore par l'art. 22 du Code de commerce, où le mot *solidaire* est employé pour désigner la responsabilité personnelle que présuppose nécessairement la solidarité, dont la solidarité est inséparable (4).

(1) Cela résulte bien clairement des art. 48, 49 et 50. En effet, d'après l'art. 48, l'association commerciale en participation a lieu *dans les formes convenues entre les participants*. D'après l'art. 49, « elle peut être constatée « par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve « testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise. » Enfin, d'après l'art. 50, « elle n'est pas sujette aux formalités prescrites pour les autres « sociétés. »

(2) Cela revient simplement à dire que, si les pouvoirs du gérant n'ont pas été déterminés d'une manière expresse par la convention, il faudra, pour en reconnaître l'étendue, s'attacher à la volonté probable des parties.

(3) Aux termes de cet article, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales; mais cela n'est vrai que *dans les sociétés autres que celles de commerce*. Donc la solidarité n'est point exclue par la loi, loin de là elle est implicitement admise, dans l'association commerciale en participation.

(4) L'Ordonnance de 1673 (Tit. IV, art. 7) disait déjà, en termes généraux : « *Tous associés* seront obligés solidairement aux dettes de la société,

3° Une différence essentielle entre la société et l'association en participation, c'est que la société pourra constituer un être juridique, lequel ne saurait exister dans la simple association; et c'est pour n'avoir pas fait cette distinction que les auteurs et les tribunaux se sont trouvés en dissentiment sur cette question d'un intérêt capital, et qui s'est élevée peu d'années après la promulgation du Code de commerce. Le 21 avril 1810, la Cour de Rouen l'a décidée en faveur de la personnalité; le 26 juin 1824, la Cour de Paris s'est prononcée dans le même sens. Mais, en 1831, la troisième Chambre de cette Cour, malgré les efforts de Pardessus et de Merlin, rendit un arrêt en sens contraire (1). Pendant qu'elle rendait cet arrêt, la même question se débattait devant la première Chambre, et cette Chambre la décida, comme elle

« encore qu'il n'y en ait qu'un seul qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour « la compagnie et non autrement. » Et voici comment Pothier s'exprime, à propos de cet article : « Cette disposition de l'Ordonnance est une ex- « ception au principe général de droit, suivant lequel, lorsque plusieurs « personnes contractent ensemble une obligation, elles sont censées ne la « contracter chacune que pour leur part, si elles n'ont pas expressément « déclaré qu'elles la contractent solidairement. Cette exception est fondée « sur la faveur du commerce, afin que les marchands en société aient plus « de crédit » (*Société*, n° 96).

De même aujourd'hui la plupart des auteurs admettent que, quand les participants sont tenus d'une dette sociale, ils en sont tenus solidairement. Voy. MM. Pardessus, t. III, n° 1049; Troplong, t. II, n° 855; Delangle, t. II, n^os^ 603 et 604; Molinier, n^os^ 580 et suiv.; Bédarride, t. II, n° 442 *in fine*.

On a jugé plusieurs fois, et cela ne me paraît pas pouvoir faire difficulté, que, quand l'un des participants contracte en son nom, quoique pour le compte de l'association, l'autre participant n'est point obligé solidairement envers le tiers créancier : ce tiers créancier n'a même aucune action directe contre lui. Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 23 juin 1853, et un arrêt de la Cour d'Agen, du 23 novembre même année (Dev.-Car., 54, 2, 23). — L'action directe ne naîtrait même pas au profit de ce créancier, par cela seul qu'il serait en mesure de prouver que le contrat a tourné au profit de l'association. Voy ci-dessus, p. 208; Voy. aussi MM. Delamarre et Lepoitvin, *Droit commercial*, t. III, n^os^ 29 et suiv.

(1) Cet arrêt est du 9 avril 1831. On peut lire dans l'ouvrage de M. Delangle, t. II, n^os^ 595-597, le jugement du tribunal de commerce de la Seine, que confirme l'arrêt de la troisième Chambre, ainsi que les consultations de MM. Pardessus et Merlin.

l'avait déjà fait en 1824, dans le sens de la personnalité (1). Ces deux arrêts furent frappés d'un pourvoi en cassation, et celui qui avait reconnu à l'association le caractère de personne fut cassé (2). Depuis, la Cour de cassation a rendu un second arrêt dans le même sens (3). Mais, si on lit attentivement les considérants de ces arrêts, on reconnaît qu'ils sont fondés sur des motifs empruntés à l'ancien droit et sans valeur dans le droit actuel ; — sur la confusion entre le cas où l'association est un contrat innomé, où l'on ne saurait dès lors admettre une personne juridique, et celui où elle forme une société, auquel cas elle doit être considérée comme une personne, puisque dans notre droit ce caractère appartient même aux sociétés civiles, et que, d'ailleurs, l'art. 47 l'a conféré aux associations en participation, en disant : « Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi « reconnaît les associations commerciales en participation. » Cette reconnaissance solennelle ne se comprendrait pas si les associations étaient envisagées comme de simples contrats : car alors elles n'auraient pas eu plus besoin d'être reconnues que tous les autres contrats. Si le législateur s'est exprimé ainsi, c'est parce qu'il a voulu conférer aux associations en participation un caractère qu'elles n'avaient pas dans l'ancien droit, et qu'elles ne pouvaient avoir, puisqu'il n'était pas reconnu aux sociétés civiles, le caractère de personnes : on a voulu les faire passer de l'état de simples contrats au rang d'individualités juridiques (4).

(1) Cet arrêt, rendu à propos de la même association que le précédent, est du 2 août 1831.

(2) Le 2 juin 1834.

(3) Le 19 mars 1838.

(4) Je ne puis partager sur ce point l'opinion de M. Bravard. De même que l'art. 1860 du Code Napoléon ne prouve nullement, à mon sens, que le législateur moderne ait voulu donner à la société civile le caractère de personnalité qu'elle n'avait pas dans notre ancien droit (Voy., ci-dessus, p. 173 et suiv.), de même il m'est impossible de trouver dans l'art. 47 du Code de commerce la preuve d'une innovation du même genre en ce qui concerne l'association en participation. D'abord on est forcé de convenir que cet art. 47 comprend aussi bien le cas du *contrat innomé d'association* que le cas de la *société en participation* proprement dite; et cependant ce

Le principe de la personnalité est la sauvegarde des créanciers qui ont traité avec l'association : grâce à lui, en cas d'insolvabilité du gérant, ils auront le moyen de se faire payer sur le fonds de l'association, de préférence aux autres créanciers de ce gérant. Si ce principe n'est pas admis, les créanciers de l'association se confondront avec les créanciers personnels du gérant, de même que le fonds de l'association se confondra avec les autres biens du gérant, et tout son actif, y compris ce fonds, sera

même texte, qui ne distingue pas, contiendrait virtuellement une innovation profonde pour le cas de *société* et laisserait purement subsister l'ancien droit (M. Bravard en convient lui-même) pour le cas de *simple association!* D'ailleurs, dans mon opinion, rien de plus facile que d'expliquer cette disposition de l'art. 47. On aurait pu croire que, par cela seul qu'on fait un contrat de société ayant un objet commercial, on est dans la nécessité de se soumettre aux règles et d'employer les formes de la société en nom collectif, de la société en commandite ou de la société anonyme. « Non, dit la loi : si le contrat a seulement pour objet une ou plusieurs opérations de commerce, on rentre sous l'empire du droit commun, on revient au principe de la liberté des conventions. » En d'autres termes, le sens véritable de l'art. 47 se révèle par les développements contenus dans les trois articles suivants, lesquels mettent en relief les différences existantes entre l'association en participation et les grandes sociétés commerciales mentionnées dans l'art. 19.

Au surplus, la Cour de cassation persévère dans sa jurisprudence; et il n'est pas probable qu'elle l'abandonne bientôt, étant d'accord en ce point avec la grande majorité des auteurs. A la date du 2 août 1856, la Cour de Paris avait rendu un arrêt, où nous lisons notamment ceci : « Considérant « que, si, en thèse générale, les sociétés de fait ou en participation, qui ne « se révèlent par aucun des signes extérieurs par lesquels se manifestent « les sociétés en nom collectif et anonymes, ne constituent pas un être mo- « ral distinct de la personne des associés, et si les tiers peuvent valable- « ment conclure avec le titulaire de ces sociétés, qui seul est connu « d'eux, des stipulations qui entraînent l'aliénation d'une partie de la « chose sociale, il en est autrement lorsque de semblables stipulations in- « terviennent avec des tiers instruits du lien qui existe entre ce titulaire et « d'autres associés, surtout alors qu'il s'agit de l'aliénation d'objets qui « constituaient à eux seuls la presque totalité de l'intérêt social. » Mais la Cour de cassation n'a point voulu admettre ce tempérament, et, à la date du 5 mai 1858, elle a cassé l'arrêt de la Cour de Paris, en se fondant sur le principe absolu que la société en participation, constituée sans publicité et sans raison sociale, ne peut pas être considérée comme un être moral distinct de chacun des associés participants (Dev.-Car., 59, 1, 223).

réparti entre tous ses créanciers indistinctement, y compris ceux qui auront traité avec lui pour cause relative à l'association.

D'un autre côté, que l'on considère ou non l'association comme une personne, le principe de la copropriété du fonds social, copropriété inséparable de l'existence de toute société, est la sauvegarde des participants, qui, si ce droit de copropriété dans le fonds commun n'existe pas, alors même que l'association aurait prospéré et produit des bénéfices, seront réduits, en cas d'insolvabilité du gérant, à venir par contribution avec tous ses créanciers, lesquels auront, comme eux, un droit de gage sur le fonds de l'association, confondu ainsi dans l'actif du gérant. Si l'association présente le caractère d'une société, quand même elle ne constituerait pas une personne juridique, les associés, ayant un droit de copropriété dans le fonds social, pourront procéder par voie d'action en partage ; et les objets qui leur écherront, étant censés n'avoir jamais appartenu au gérant, échapperont nécessairement à tout droit de gage au profit des créanciers du gérant, et reviendront en propre aux participants, qui obtiendront la totalité de tout ce qui constitue leur intérêt, — tandis qu'ils n'obtiendraient peut-être qu'un modique dividende sans ce droit de copropriété, et cela quand même le fonds de l'association aurait été formé de leurs deniers.

On voit donc combien il est important pour les participants de s'expliquer clairement, et de ne pas laisser d'incertitude sur le caractère du contrat qu'ils ont entendu former : car, dans le doute, les tribunaux considéreraient l'association comme un contrat innomé, ne comprenant ni le principe de la personnalité, ni celui de la copropriété, plutôt que comme une société (1).

6° Quand l'association constituera une société, elle pourra avoir un domicile à elle, et alors elle devra être assignée devant le tribunal de ce domicile (2), — tandis que, quand elle ne

(1) J'admets bien que les parties sont parfaitement libres d'établir entre elles une copropriété, mais non pas de donner à la société le caractère d'une personne juridique.

(2) Je dis simplement, pour la société en participation, comme pour la

constituera qu'une simple association, ce sera toujours devant le tribunal du gérant que les actions dirigées contre lui devront être portées.

Il ne me reste plus qu'un dernier point à éclaircir : Les participants seront-ils tenus personnellement des dettes, dans la proportion de leur intérêt, et, par conséquent, indéfiniment? ou bien leur responsabilité sera-t-elle limitée à la somme qu'ils auront mise ou se seront engagés à mettre dans la société? En d'autres termes, seront-ils tenus comme des associés en nom ou comme de simples commanditaires? Tout dépendra des termes dont les participants se seront servi, de l'intention qu'ils auront manifestée. S'ils ont déclaré prendre un intérêt d'un tiers, d'un quart, en un mot, d'une quotité, ils devront être considérés comme engagés personnellement; au contraire, s'ils ont déclaré s'intéresser dans l'opération pour une somme fixe, 5,000 francs, 10,000 francs, ils ne seront tenus que jusqu'à concurrence de cette somme (1).

société civile, que, quand elle est établie dans un lieu déterminé, l'assignation sera donnée, conformément à l'art. 59 du Code de procédure, devant le tribunal de ce lieu. Il ne s'ensuit pas que nous ayons un être moral domicilié dans ce lieu, ni, par conséquent, que les différents associés ne doivent pas figurer dans l'instance (Voy. ci-dessus, p. 174, note). — La jurisprudence n'admet pas qu'une association en participation puisse jamais avoir un siége social attributif de juridiction. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 4 juin 1860 (Dev.-Car., 61, 1, 75).

(1) Je trouve sur ce point d'excellents développements dans l'ouvrage de M. Molinier (nos 617 et suiv.): « Dans le *compte en participation*, dit le savant professeur de Toulouse, les simples participants sont tenus de relever indéfiniment des pertes, dans la proportion de leurs parts sociales, les associés qui ont agi et qui se sont personnellement engagés envers les tiers. Dans la *participation en commandite*, au contraire, les participants n'engagent que leurs capitaux, sont libérés de toute obligation lorsqu'ils les ont versés, et ne doivent supporter les pertes que jusqu'à épuisement de leurs apports.

« On comprend également que cette association diffère en plusieurs points de la société en commandite. La société en commandite constitue une personne morale,.. qui commerce sous une raison sociale. La simple participation en commandite ne constitue pas une personne morale, n'a d'exis-

En définitive, et pour résumer la pensée fondamentale qui vient d'être développée, je conclurai en disant que toutes les dispositions de la loi doivent être subordonnées à la distinction du cas où l'association ne constitue pas une société, et du cas où elle en constitue une. Cette distinction est, selon moi, le seul moyen de les concilier entre elles et avec les principes.

tence qu'entre les participants, et n'a ni raison sociale ni actif séparé de celui de l'associé qui gère l'entreprise... — La société en commandite fait le commerce à l'aide du *crédit personnel* des associés en nom et du *crédit réel* que lui procure le capital commanditaire, dont le montant est connu du public. La participation en commandite demeure occulte, et n'opère qu'à l'aide du seul crédit personnel de celui ou de ceux qui dirigent l'opération qui lui a donné naissance....

« Autrefois les participants étaient toujours censés ne s'être associés que par leurs capitaux, et n'étaient de plein droit tenus de contribuer aux pertes que jusqu'à épuisement de leurs apports. *Particeps*, dit Straccha, *non tenetur nisi de pecuniis quas ipse posuit in societate*. Aujourd'hui la contribution égale des associés aux pertes constitue le droit commun. (C. civ., art. 1853), et toute dérogation à cette règle doit faire l'objet d'une convention expresse. — Au reste, rien de plus licite que la convention qui n'affecte aux pertes que le montant de l'apport du participant L'art. 1855 du Code civil l'autorise, en ne prohibant que l'affranchissement absolu de toute contribution aux pertes de la mise de certains des associés, et l'art. 48 du Code de commerce accorde toute latitude aux associés en participation pour régler leurs intérêts respectifs.... »

Quelles seraient les conséquences des actes de gestion émanés des participants, simples commanditaires? Devrait-on alors les considérer comme obligés indéfiniment? Sur ce point, je ne partage plus l'opinion de M. Molinier. Partant de l'idée que les art. 27 et 28 du Code de commerce supposent des actes de gestion *extérieurs*, qu'un commanditaire accomplit sous le nom social, au nom de l'être moral, et qui pourraient induire les tiers en erreur, il déclare ces articles inapplicables au cas de simple participation. Si l'on admet avec nous qu'ils comprennent, au contraire, tous actes de gestion même *intérieure*, qu'ils ont pour but de sauvegarder l'intérêt des associés tout autant que celui des tiers (Voy., ci-dessus, p. 235 et suiv.), on n'hésitera pas à en faire l'application au cas de la simple participation tout comme au cas de la véritable société en commandite.

III. — DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE.

Nous sommes arrivés à la troisième partie de la matière des sociétés. Cette partie comprend la dissolution, la liquidation et le partage.

Ces trois opérations se suivent et se succèdent dans l'ordre que je viens d'indiquer. On ne saurait l'intervertir : car il est impossible de liquider une société avant qu'elle soit dissoute, et de la partager avant de l'avoir liquidée. La dissolution précède donc la liquidation, de même que la liquidation précède le partage.

En conséquence, je m'occuperai d'abord de la dissolution, puis de la liquidation et enfin du partage.

Dissolution des sociétés.

La dissolution est corrélative à la formation de la société, et le législateur ne pouvait pas plus se dispenser de parler de l'une que de l'autre. La pensée de la dissolution préside à la formation même de la société; on ne se met en société que pour cesser d'y être un jour. C'est au moment de la dissolution que la société produit son principal effet, — que les associés sont appelés, si la société a été prospère, à retirer les sommes ou valeurs qu'ils y ont apportées, avec les accroissements qu'elles ont pu recevoir.

Quant à la nécessité de sa dissolution, le contrat de société ne diffère en rien des autres contrats et des obligations en général, qui sont destinées à se dissoudre, et ne sont formées que dans la perspective de leur dissolution (1). C'est en quoi il se distingue

(1) M. Bravard s'exprime ici en termes un peu trop absolus. Sans doute

des engagements de famille, qui sont formés avec le vœu d'une durée indéfinie, le vœu de la perpétuité.

Cela posé, examinons d'abord quelles sont les causes de dissolution des sociétés.

Ces causes sont assez nombreuses.

I. La première dont s'occupe l'art. 1865 du Code Napoléon, c'est l'*expiration du terme fixé pour la durée de la société.*

A l'époque fixée pour sa dissolution, la société cesse, quand même elle n'aurait pas encore atteint son but, quand même l'entreprise qui en fait l'objet ne serait pas encore terminée. — Du reste, les parties auront la faculté de proroger la société. Toutefois, la prorogation, qui est une constitution nouvelle de la société, sera soumise aux mêmes conditions, et de fond et de forme, que la création de la société. Il faudra donc le consentement de tous les intéressés, s'il s'agit d'une société de personnes. Mais, quand il s'agira d'une société de choses, comme l'élément matériel est représenté par l'assemblée générale des actionnaires, je crois que le consentement de la majorité suffira pour proroger la société; autrement, et s'il fallait l'unanimité, la prorogation serait presque toujours impossible dans les sociétés par actions, alors même que les avantages en seraient incontestables. La prorogation diffère donc, à cet égard, pour les sociétés dont il s'agit, de la constitution.

Quant aux conditions de forme, elles sont pour la proroga-

toute obligation, dans la société comme dans les autres contrats, se forme pour s'éteindre: les parties, à l'instant même où elles la font naître, ont en vue son extinction, c'est-à-dire l'accomplissement de l'engagement contracté: on ne devient créancier que pour obtenir par le paiement un certain bénéfice. Mais quant au contrat même de société, il n'est pas exact de dire, d'une manière générale, que les parties le forment avec l'espoir de sa dissolution plus ou moins prochaine. Lors, par exemple, que des personnes s'associent pour l'exploitation d'une mine, évidemment elles espèrent bien retirer des bénéfices de leur contrat avant qu'il ne soit dissous; et, si l'exploitation prospère, elles formeront même des vœux pour que la dissolution n'arrive jamais.

tion les mêmes que celles, je ne dis pas *qui ont été observées* pour la constitution de la société, mais *qui sont exigées* (1). Ainsi, il faudra toujours un acte. Mais, comme, pour la société en nom collectif et pour la commandite par intérêt, on a l'option entre la forme authentique et la forme sous seing privé, la société pourra être prorogée par acte sous seing privé, quand même elle aurait été constituée par acte authentique. Les parties auront pour la prorogation la même latitude quant à la forme de l'acte que pour la constitution (2).

La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Il a été jugé, cependant, que la société formée pour l'exécution de travaux à faire pour le gouvernement, dans un certain délai, ne prenait pas fin à l'expiration du délai indiqué, s'il apparaissait que ce délai n'avait été d'aucune considération pour les associés (3). Assurément c'est bien jugé : car ce qu'on doit respecter avant tout, c'est l'intention des parties, et, dans leur pensée, le terme de la société était la fin de l'entreprise qui en faisait l'objet. Mais l'auteur auquel j'emprunte cette citation (Dalloz, t. 40, art. *Société*, n° 643), au lieu de voir là une simple décision d'espèce, en tire une règle générale, qu'il formule de la manière suivante : « Si, à l'expiration du terme « indiqué, l'entreprise n'est point achevée, la société continue « jusqu'à son achèvement, » et cette règle ainsi formulée est en opposition directe et flagrante avec le n° 1 de l'art. 1865, qui porte : « La société finit par l'expiration du temps pour lequel « elle a été contractée. »

Ainsi, il appartient aux tribunaux de décider en fait quel est le temps pour lequel la société a été contractée; mais quand le

(1) Art. 1866 : « La prorogation d'une société à temps limité ne peut être « prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de so- « ciété. »

(2) En effet, le premier alinéa de l'art. 46 du Code de commerce se borne à dire : « Toute continuation de société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des co-associés.» — Voy. MM. Aubry et Rau, t. III, § 384, p. 411 de la 3e édition.

(3) Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 janvier 1810.

délai que les parties ont fixé est expiré, la société cesse de plein droit, alors même que l'entreprise ne serait pas achevée.

II. La société se dissout par *la consommation de la négociation*, quand même le terme fixé ne serait pas arrivé.

III. La société se dissout par *l'extinction de la chose*. Ces expressions comprennent trois cas :

1° La perte de la chose qui fait l'objet de la société ;

2° L'anéantissement du fonds social, soit en totalité, soit en assez grande partie pour que la société soit condamnée à l'inaction, et réduite à l'impuissance de remplir sa destination ;

3° Le cas où la chose qui constitue l'apport d'un des associés a péri.

Ce dernier cas fait l'objet d'un article spécial, l'art. 1867 ; et il n'y a pas, dans toute notre législation, d'article qui ait donné lieu à plus de dissentiments, qui ait été jugé plus obscur, plus difficile à comprendre, et que l'on ait moins réussi à expliquer. Avant tout, il faut bien se fixer sur l'espèce à laquelle s'applique cet article.

D'abord il suppose qu'il s'agit d'un corps certain et déterminé, puisqu'il parle de *la perte de la chose*. En effet, les corps certains et déterminés sont seuls susceptibles de périr. Les genres et les quantités ne périssent pas.

Il suppose, de plus, que la chose n'est pas d'une telle importance que la société sans elle ne pourrait pas remplir sa destination, ne pourrait pas fonctionner. En cas pareil, la perte de la chose entraînerait bien la dissolution de la société ; mais ce serait une autre cause de dissolution, l'anéantissement du fonds social, et non celle dont je m'occupe, et où il s'agit de la perte d'une chose, considérable ou non, peu importe, dont l'anéantissement fait que l'apport d'un associé n'existe plus.

Cela posé, tout se réduit à ce dilemme : ou bien la chose a péri pour le compte de la société, ou bien elle a péri pour le compte de l'associé dont elle constitue l'apport. Si elle périt

pour la société, il est clair que cette perte n'entraînera pas la dissolution, n'influera pas sur les droits de l'associé : il a rempli tous ses engagements envers la société, et il sera quitte envers elle, tandis qu'elle restera tenue envers lui comme si l'apport existait, puisque la perte est à sa charge. Il en sera à peu près de ce cas comme de celui où, en matière de vente, la chose vendue aurait péri avant d'être livrée à l'acheteur, et avant qu'il en eût payé le prix : malgré la perte de la chose, il n'en resterait pas moins débiteur du prix : le vendeur, bien qu'il ne pût faire la tradition, n'en conserverait pas moins le droit de réclamer l'équivalent de la chose, c'est-à-dire le prix (1). — Au contraire, si la perte est pour le compte de l'associé qui a promis d'apporter la chose à la société, cet associé se trouvant ne pas faire d'apport, et la société ne pouvant subsister sans que les associés et chacun d'eux y mettent quelque chose, il y a dissolution à l'égard de tous les associés par la perte de la chose que l'un d'eux a promis de mettre dans la société et qu'il ne peut plus y mettre.

La question que l'art. 1867 a eu pour objet de résoudre, se réduit donc à ces termes : Dans quel cas le corps certain qu'un des associés a promis de mettre en pleine propriété dans la société périt-il pour la société? Dans quel cas, au contraire, périt-il pour l'associé?

Voilà la question ramenée à ses termes les plus simples, et, je le crois, les plus vrais.

Mais elle présente une difficulté sérieuse. Comment parvenir à concilier l'art. 1867, qui distingue entre le cas où l'apport a déjà été et celui où il n'a pas encore été réalisé (2), avec les principes

(1) C'est ce que l'art. 1138 du Code Napoléon exprime en disant que « l'obligation de livrer met la chose aux risques du créancier, dès l'instant « où cette chose a dû être livrée. » — La société est formellement comparée à la vente, sous un autre rapport, il est vrai, dans l'art. 1845.

(2) Premier alinéa de l'art. 1867 : « Lorsque l'un des associés a promis « de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant « que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport « à tous les associés. » — Troisième alinéa du même art. 1867 : « Mais la

généraux du droit? Cela paraît impossible. En effet, n'est-il pas admis dans notre droit que la propriété se transmet par le seul effet du contrat, et sans qu'il soit besoin de tradition? Dès lors, quand l'associé a déclaré vouloir rendre la société propriétaire, cela n'a-t-il pas suffi pour qu'elle le devînt? N'en est-il pas à cet égard de la société comme de la vente, où l'acheteur devient propriétaire immédiatement après le contrat, quand même il y aurait un terme fixé pour la tradition? L'art. 1583 s'explique de la manière la plus formelle sur ce cas de vente :

« La vente, dit-il, est parfaite entre les parties, et la propriété « est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès « qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose « n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. »

N'est-ce pas là un principe général, applicable à tous les contrats qui opèrent une translation de propriété, et à tout objet, meuble ou immeuble, qui constitue un corps certain? C'est une innovation, sans doute : car, dans l'ancien droit, on exigeait, comme en droit romain, la tradition pour la translation de la propriété; mais cette innovation a été admise d'une manière générale et sans restriction, ainsi que cela résulte des art. 711, 1138, 1583 et 1703. Dès lors, quand l'un des associés a promis d'apporter à la société la propriété d'un corps certain, d'une maison, par exemple, eût-il même fixé un terme pour la réalisation de cet apport, est-ce que la société n'en deviendra pas immédiatement propriétaire? par suite, n'est-ce pas pour elle que la chose devrait périr, et cette société ne devrait-elle pas continuer néanmoins de subsister?

D'un autre côté, il est de principe aujourd'hui, comme dans l'ancien droit, comme en droit romain, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de ce corps. Ce principe est consacré par l'art. 1302; de sorte que, quand même on pourrait imaginer des hypothèses où la société ne serait pas devenue

« société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà « été apportée à la société. »

immédiatement propriétaire d'un corps certain formant l'apport d'un des associés, la perte n'en devrait pas moins être à la charge de la société, qui serait devenue sinon propriétaire, du moins créancière de la chose (1).

Or, l'art. 1867 ne met la perte à la charge de la société qu'autant qu'elle arrive après que l'apport a été effectué, et non quand elle arrive avant. Cet article paraît donc, en cela, contraire aux deux principes que je viens de rappeler; et voilà auss pourquoi il a si fort embarrassé tous ceux qui ont tenté de l'expliquer. Ils ont proposé plusieurs moyens plus ou moins heureux. J'indiquerai seulement les principaux.

Il y a des auteurs qui ont cru trouver dans les termes de l'art. 1867, qu'ils n'ont pas suffisamment pesés, qu'ils n'ont pas lus assez attentivement, un moyen tout simple de conciliation et d'explication. Ils ont dit : « Il faut distinguer entre le cas où la perte est arrivée après la tradition effectuée, et celui où elle est arrivée avant. Au premier cas, la perte sera pour la société, et la société ne sera pas dissoute; au second cas, la perte sera pour l'associé, qui, ne pouvant plus réaliser son apport, ne pourra plus faire partie de la société, ce qui en entraînera la dissolution » (2).

Cette explication est assez habituellement admise; mais elle est contraire aux termes mêmes de l'art. 1867 et au système général

(1) En d'autres termes, que la société ait un droit réel de propriété ou bien qu'elle n'ait qu'un droit de créance, dans les deux hypothèses elle perd ce qu'elle a, si le corps certain qui est l'objet de son droit vient à périr par cas fortuit. Seulement, il résulte de l'art. 1138 que la question des risques, c'est-à-dire la question de savoir si la société qui perd son droit est libérée par contre-coup des obligations corrélatives dont elle pouvait être tenue, que cette question des risques ne devrait pas être résolue de la même manière dans les deux cas : il est de principe chez nous que les risques sont pour le propriétaire, non pour le simple créancier. Je reviendrai bientôt sur cette observation, qui est d'une importance capitale pour comprendre l'art. 1867.

(2) Voy. en ce sens M. Pardessus, t. III, n° 988. Voy. aussi l'article publié par M. Etienne dans la *Revue étrangere et française de législation* t. VIII, p. 353 et suiv.

de notre législation. Effectivement, l'art. 1867 ne fait pas dépendre la dissolution de la société ou son maintien de ce que la chose aurait péri avant ou après qu'elle aurait été apportée à la société, avant ou après que la tradition en aurait été accomplie. Il ne parle pas de tradition, d'apport de la chose; il parle seulement de l'apport *de la propriété* de la chose (1). Or, comment la propriété est-elle transférée? Est-ce encore aujourd'hui par la tradition? Nullement : c'est par le contrat lui-même, par la seule puissance de la volonté. La tradition n'est aujourd'hui translative que de la possession, non de la propriété, laquelle, je le répète, se transmet par le seul effet des contrats et obligations. Par conséquent, lors même que la chose aurait péri avant la tradition, elle n'en était pas moins devenue la propriété de la société, qui devrait donc continuer de subsister, — à moins qu'on n'admette qu'exceptionnellement, en matière de sociétés, la tradition est nécessaire pour transférer la propriété. Mais est-il possible de comprendre pourquoi il en serait ainsi? Pour lever une anomalie, on n'aurait abouti qu'à en créer une autre : au lieu de concilier l'art. 1867 avec les principes généraux du droit sur la transmission de la propriété et sur la responsabilité des risques, on supposerait que cet article a voulu consacrer une dérogation à ces principes, dérogation que rien ne justifierait, n'expliquerait même (2).

(1) Cet argument, tiré du texte de notre art. 1867, acquiert une force nouvelle lorsqu'on lit les observations du Tribunat à la suite desquelles fut arrêtée la rédaction qui a passé dans la loi. Voici ces observations: « Lors-« que la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la pro-« priété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effec-« tuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la « société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise. « Si la chose dont la propriété même est mise en commun ne vient à périr « qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte tombe « alors sur la société, qui en est devenue propriétaire. »

(2) Il serait par trop bizarre que les rédacteurs du Code eussent dérogé au droit commun, précisément en sens inverse de ce qui avait lieu à Rome et dans notre ancienne jurisprudence. En effet, dans un temps où la propriété était transférée, non par le simple effet du contrat, mais seulement par la tradition, on admettait exceptionnellement en matière de société,

Cette première interprétation doit donc évidemment être écartée.

On en propose une autre, qui ne me paraît pas non plus admissible. On prétend que cet art. 1867 a eu en vue le cas où l'un des associés aurait promis d'apporter à la société la propriété d'une chose qui ne lui appartenait pas, et dans ce cas la société serait dissoute si la chose périssait avant que l'associé en fût devenu propriétaire. Il s'agirait donc de l'apport de la chose d'autrui (1). C'est un cas qui ne se présentera presque jamais,

du moins quand il s'agissait d'une société universelle, que la translation de propriété, la *communicatio*, pouvait avoir lieu *solo consensu* : « *In societate omnium bonorum, omnes res, quæ coëuntium sunt, continuo communicantur : quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire* » (Ulpien et Gaius, L. 1 § 1 et L. 2 *Pro socio*). Voy. aussi Pothier, *Contrat de société*, n° 31.

En cas pareil, si l'une de ces choses ainsi devenues communes *solo consensu* vient à périr par cas fortuit, il est bien évident que c'est la société qui doit en souffrir. Mais qu'aurait-on décidé dans l'ancien droit, en supposant une société particulière, si une chose qu'un associé avait promis d'apporter à la société, était venue à périr par cas fortuit avant la tradition, par conséquent avant d'être devenue commune ? D'abord, sans difficulté, l'associé qui en était débiteur ne sera pas tenu de dommages-intérêts : il est purement et simplement libéré de sa dette par l'impossibilité qui survient de l'exécuter. C'est aussi ce que Pothier admet de la manière la plus formelle (*Société*, nos 110 et 111). Maintenant, la société ne sera-t-elle pas dissoute ? Non : elle continuera de subsister, — à moins, bien entendu, que la chose qui a péri ne fût d'une telle importance que sans elle la société ne peut absolument pas fonctionner. Sauf ce cas particulier, la doctrine de Pothier et de l'ancien droit est que la société subsiste, — exactement comme le contrat de vente subsiste et continue de produire tous ses effets, notamment d'obliger l'acheteur à payer le prix, après que la chose vendue et non livrée a péri par cas fortuit. C'est que dans notre ancien droit, comme en droit romain, les risques sont, en général, non pour le propriétaire, mais pour le créancier du corps certain qui périt par cas fortuit : en d'autres termes, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties étant libérée de son obligation par la perte du corps certain qui en était l'objet, les obligations corrélatives contractées à son profit ne sont pas pour cela éteintes par contre-coup. Chez nous, au contraire, d'après l'art. 1138 du Code Napoléon, je ne suis tenu de supporter les risques de la chose qui périt qu'autant que j'en étais propriétaire : il ne suffit pas que j'eusse déjà un droit de créance par rapport à cette chose.

(1) En ce sens, voy. notamment M. Delvincourt, t. III, p. 233.

un cas que la pratique offrira bien rarement. Et l'art. 1867, qui dans toutes ses dispositions parle de l'apport de la propriété, serait fait exclusivement pour ce cas, et ne s'appliquerait pas à celui où l'associé serait propriétaire de la chose dont il a pris l'engagement d'apporter la propriété à la société! Est-ce possible? Cette explication repose véritablement sur une hypothèse chimérique, et on ne saurait s'y arrêter (1).

Il faut donc chercher une autre explication, qui conserve à cet article son caractère général et son utilité pratique, sans nous mettre en opposition avec les principes fondamentaux de notre droit.

Pour le bien comprendre, il faut l'envisager dans son ensemble, comparer attentivement deux cas qu'on y a réunis et qui s'expliquent l'un par l'autre, — cas qui, quoique différents en apparence, sont semblables en réalité, sont régis par le même principe, et, en raison même de cette similitude, ont dû être rapprochés et réunis dans le même article. Or, quel est le cas prévu par le second alinéa de l'art. 1867? C'est celui où l'un des associés a promis de mettre ou a mis en société une chose pour la jouissance seulement : alors, à quelque époque que la perte arrive, la société est dissoute. Pourquoi? Parce que l'apport en jouissance, alors même qu'il s'appliquerait à un immeuble, est un apport multiple, successif, et purement mobilier, car c'est l'apport des fruits que la chose est destinée à produire. Il y aura donc, à vrai dire, autant d'apports qu'il y aura de perceptions de fruits à faire. Par conséquent, si la chose vient à périr, il en résulte que l'associé ne peut plus pour l'avenir réaliser son apport, et dès lors la société ne peut plus

(1) J'admets avec M. Bravard qu'en rédigeant le premier alinéa de l'art. 1867 le législateur n'avait pas en vue le cas d'un associé qui promet d'apporter en société la propriété d'une chose appartenant à autrui. « Il est peu vraisemblable, dit également M. Duranton (t. XVII, p. 550), que les rédacteurs du Code aient eu en vue ce cas particulier, pour en faire l'objet d'un principe aussi général que celui que nous trouvons dans la première partie de notre art. 1867. » Néanmoins, si le cas se présentait, il faudrait certainement y appliquer ce principe et déclarer la société dissoute.

subsister. C'est là ce que porte l'art. 1867, dans son deuxième alinéa, ainsi conçu :

« La société est également dissoute dans tous les cas par la « perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en « commun, et que la propriété en est restée dans la main de « l'associé. »

Je tiens à le constater, il s'agit, dans cette disposition, d'une promesse de rendre ultérieurement la société propriétaire de certaines choses, de fruits ; quand cette promesse ne peut plus se réaliser, la société est dissoute, quoiqu'elle ait été valablement constituée : elle est dissoute, faute d'apport de la part de l'un des associés (1). Eh bien ! c'est d'un cas tout à fait analogue qu'il s'agit dans le premier et dans le dernier alinéa de notre art. 1867. Ces deux alinéas supposent que l'un des associés a promis de rendre ultérieurement, dans un an, par exemple, la société propriétaire d'une chose, soit une maison, dont jusque-là il conservera la propriété. Si, avant que l'époque fixée pour la translation de la propriété soit arrivée, la chose vient à périr, il est clair que la société n'en était pas à ce moment propriétaire, puisque l'associé s'en était réservé la propriété, l'avait conservée. La société n'était pas non plus créancière de la chose : car, dans notre droit, quand il s'agit d'un corps certain, être créancier, c'est être propriétaire ; la société était simplement créancière de la promesse qui lui avait été faite, comme dans le cas du second alinéa de l'art. 1867 (2). Par conséquent, si la chose périt avant l'époque fixée, avant l'époque où il faut que la propriété en soit transférée à la société, la perte est pour le compte de l'associé : il ne

(1) L'associé qui met ainsi en commun *la jouissance seule* peut être comparé à un bailleur. Que la chose donnée à bail vienne à périr, les risques sont pour le bailleur et non pour le preneur. L'associé, comme le bailleur, n'a pas, une fois pour toutes, transféré la propriété de sa chose : il s'est engagé envers la société à la faire jouir de sa chose.

(2) En d'autres termes, pour employer le langage de la loi elle-même (art. 1101 et 1126), l'obligation de l'associé était de *faire* et non pas de *donner* ; elle avait pour objet, d'après l'intention des parties, un fait plutôt qu'une dation.

peut donc plus réaliser son apport, accomplir sa promesse, et, par suite, la société est dissoute.

Au contraire, si la chose a péri après l'époque fixée, la perte n'influe en rien sur l'existence de la société : car la société est devenue propriétaire, quand même la tradition ne lui aurait pas été faite, quand même elle n'aurait pas pris possession de la chose. Chez nous, en effet, c'est le contrat seul qui transfère la propriété, et non la tradition.

Aussi l'art. 1867, — je l'ai déjà remarqué, — parle-t-il de l'apport, non pas *de la chose*, mais *de la propriété de la chose;* et il distingue suivant que la chose a péri avant ou après l'arrivée de l'époque fixée pour la translation de la propriété. Il suppose donc qu'il s'agit d'une simple promesse de rendre ultérieurement la société propriétaire d'une chose, dont jusque-là la propriété reste à l'associé; et il décide, dans le premier alinéa, que, si la chose périt avant que la propriété en soit apportée à la société, c'est-à-dire avant l'époque fixée, la société est dissoute, et, dans le troisième alinéa, que la société n'est pas dissoute si la perte n'arrive qu'après que l'apport de la propriété a été effectué, c'est-à-dire après l'époque fixée.

Cette interprétation, de tout point conforme aux termes de l'art. 1867, se concilie parfaitement avec les principes généraux du droit, et elle montre que l'art. 1867, pris dans son ensemble, ramené à son véritable but, n'est ni obscurément, ni inexactement rédigé, et qu'il ne pouvait guère s'exprimer autrement qu'il ne l'a fait (1).

(1) Cette interprétation me paraît effectivement très-exacte. Elle trouvera son application, soit en supposant un objet déjà existant lors de la promesse, si les parties ont exprimé la volonté que la propriété n'en fût mise en commun qu'au bout d'un certain temps, soit en supposant qu'un associé a promis de faire une certaine chose pour la mettre dans la société et que la chose n'avait pas été agréée par la société quand elle a péri. Dans ce dernier cas, comme dans le premier, la chose périt pour l'associé, non pour la société (art. 1787 et suiv.) : cette perte pourra donc entraîner la dissolution de la société. — Du reste, il y a d'autres hypothèses encore où l'on devrait suivre le principe posé dans le premier alinéa de l'art. 1867.

— Je n'ai plus, pour compléter l'explication de cet article, qu'une observation à présenter. Dans son deuxième alinéa il parle de l'apport en *jouissance*, et il y a des auteurs qui ont pensé que cette disposition comprenait aussi l'apport en *usufruit*. Effectivement, dans nos Codes on emploie quelquefois ces expressions l'une pour l'autre. Ainsi, le droit qu'ont les père et mère sur les biens de leurs enfants âgés de moins de 18 ans, et non émancipés, est qualifié, dans le Titre *De la puissance paternelle*, de *droit de jouissance*, et dans le Titre *De l'usufruit*, de *droit d'usufruit légal*.

Faut-il donc considérer le deuxième alinéa de l'art. 1867 comme s'appliquant indifféremment à l'apport en usufruit et à l'apport en jouissance ? Non, ce serait une grave erreur. Ces deux apports diffèrent essentiellement. L'apport en jouissance est, comme je l'ai dit, l'apport des fruits que produira la chose ; c'est un apport successif et mobilier, un apport multiple, — tandis que l'apport en usufruit est l'apport d'un démembrement du droit de propriété. L'apport en usufruit participe donc de la nature de l'apport en propriété : il est mobilier ou immobilier, suivant que l'objet auquel il s'applique est un meuble ou un immeuble ; il est un, et se réalise une fois pour toutes. Dès lors, on le comprend, l'apport en usufruit est compris implicitement dans le premier et dans le troisième alinéa de l'art. 1867, et nullement dans le second, qui y est complétement étranger.

Il faudra donc, pour l'apport en usufruit, comme pour l'ap-

Telle est notamment, comme je l'ai déjà dit, l'hypothèse où un associé aurait promis d'apporter la propriété d'une chose qui actuellement appartient à un tiers. Telle est encore l'hypothèse où l'associé a bien promis de mettre en société sa propre chose, mais n'a fait cette promesse que sous une condition, laquelle s'accomplit après que la chose a déjà péri (art. 1182). De même enfin l'hypothèse où, l'associé ayant promis de mettre en société une certaine quantité d'objets, compris dans une masse plus considérable qui lui appartient, cette masse entière est venue à périr (art. 1585). En un mot, toutes les fois qu'il y aura perte de la chose, et que cette perte ne doit pas être aux risques de la société, il faudra se conformer à la décision du premier alinéa de notre art. 1867.

port en propriété, faire une distinction. S'il s'agit d'un apport, ou d'une promesse d'apport, destiné à se réaliser immédiatement, auquel cas la société, par le seul fait de cet apport, est devenue usufruitière, c'est pour elle que l'usufruit périra, et la perte de la chose qui en est grevée n'entraînera jamais la dissolution de la société. Au contraire, quand il s'agira de la simple promesse de rendre plus tard la société usufruitière d'une chose, dont jusqu'à l'époque indiquée l'associé se réserve l'entière propriété, il faudra sous-distinguer : 1° La chose a-t-elle péri avant l'époque indiquée : la perte est pour l'associé, et non pour la société, qui n'avait encore aucun droit sur la chose elle-même, qui n'était créancière que d'un fait, et, par conséquent, la société est dissoute. 2° La chose a-t-elle péri après l'époque indiquée : la société étant devenue usufruitière, même avant d'avoir pris possession de la chose, par la seule force du contrat, ce démembrement du droit de propriété périt pour elle, comme le droit intégral de propriété aurait péri pour elle si la promesse avait eu pour objet l'apport de la pleine propriété : elle n'est donc pas dissoute, et l'associé a tous les droits qu'il aurait eus si la chose n'avait pas péri.

On le voit donc, il faut distinguer ici entre l'apport en jouissance et l'apport en usufruit (1) ; et cette distinction se trouve en parfaite harmonie avec l'ensemble et l'économie de l'art. 1867, qui, expliqué ainsi que je l'ai fait, ne présente ni obscurité ni incohérence.

IV. Je passe à une autre cause de dissolution des sociétés.

Le contrat de société, quoique à titre onéreux, se distingue des autres contrats de cette espèce en ce qu'il est formé en vue des personnes (2) ; et, par conséquent, les événements qui mettent un des associés dans l'impossibilité de continuer ses rapports sociaux avec les autres, entraînent la dissolution de la société.

(1) La distinction a déjà été indiquée ci-dessus, p. 157 et 158.

(2) Voy., ci-dessus, p. 166 et suiv.

La mort de l'un des associés est donc une cause de dissolution de la société.

Il en est de même des événements qui empêchent la personne, de son vivant, d'exercer les droits qu'elle peut avoir dans la société. Tel est le cas où l'un des associés serait frappé de l'interdiction légale qui a remplacé la mort civile (1), ou interdit judiciairement pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur. Il est représenté par un tuteur, et c'est pour la société comme s'il était mort.

Tel est encore le cas de faillite, dont on n'a pas parlé dans l'art. 1865, mais qui y rentre nécessairement, car le jugement déclaratif de faillite prive le failli de l'exercice de ses droits et actions. L'associé est remplacé par les syndics de sa faillite : il ne peut plus, dès lors, participer à la société ; il n'existe plus véritablement pour elle (2).

(1) L'expression n'est peut-être pas parfaitement exacte. En effet, d'une part, l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle, qui autrefois encourait la mort civile, encourt aujourd'hui, en principe, non-seulement l'interdiction légale, mais encore la dégradation civique (Voy. la loi du 31 mai 1854, art. 2), et la privation du droit de disposer de ses biens à titre gratuit ou de recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments (même loi, art. 3). Ce n'est donc pas, à proprement parler, l'interdiction légale qui a remplacé l'ancienne mort civile ; ce qui l'a remplacée, c'est un état *sui generis* dont l'interdiction légale est un des éléments. D'autre part, l'expression de M. Bravard pourrait faire croire que l'interdiction légale ne produit l'effet qui nous occupe, c'est-à-dire la dissolution de la société, que quand elle atteint, en vertu de la loi de 1854, l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle. Or il n'en est certainement pas ainsi : la dissolution de la société résulterait également de l'interdiction légale qui, aux termes de l'art. 29 du Code pénal, atteint, pendant la durée de sa peine, quiconque a été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion.

(2) « La faillite de l'un des associés, dit Pothier (*Société*, n° 148), dissout la société, de même que sa mort : *dissociamur egestate* (L. 4 § 1 *Pro socio*); *bonis a creditoribus venditis unius socii, distrahi societatem Labeo ait* (L. 65 § 1, *eod. Tit.*). Suivant notre droit, ajoute Pothier, il suffit que la faillite soit ouverte. » — Si les rédacteurs du Code Napoléon n'ont pas mentionné le cas de faillite dans l'art. 1865, c'est qu'ils pensaient aux sociétés civiles ; or les commerçants, qui seuls peuvent être déclarés en faillite, n'ont guère l'habitude de contracter des sociétés civiles.

La société peut encore être dissoute par la déconfiture de l'un des associés ; et il y a quelque chose de peu rationnel et de peu exact à avoir mis la déconfiture, comme l'a fait l'art. 1865, sur la même ligne que la mort civile et que l'interdiction. En effet, les rédacteurs de nos Codes ont bien parlé de la déconfiture, en ont bien indiqué les principaux effets (1) ; mais ils ne l'ont pas organisée : ils n'ont pas exigé qu'elle fût, comme la faillite, constatée par un jugement spécial : il n'y a pas de jugement déclaratif de déconfiture. C'est aux tribunaux qu'il appartiendra, d'après les faits et circonstances, de décider si l'insolvabilité qui constitue la déconfiture existe ou non. Il est donc peu logique et peu exact d'avoir assimilé, quant à la dissolution des sociétés, la déconfiture à l'interdiction, puisque ce sont deux états dont l'un est constaté spécialement, et ne saurait être mis en question, tandis que l'autre n'a pas de mode particulier de constatation.

Ce n'est pas tout, cependant ; cette assimilation est fâcheuse à un autre point de vue. La déconfiture diffère encore de l'interdiction et de la faillite, en ce qu'elle n'empêche pas que l'insolvable conserve légalement la plénitude de sa capacité. Il pourrait donc, quoiqu'étant en déconfiture, continuer à prendre part aux opérations de la société ; il n'y a pas de changement dans sa personne, dans sa capacité. Dès lors, si la déconfiture entraîne la dissolution de la société, c'est par une autre raison, c'est parce que l'associé en déconfiture n'offre pas de garanties à ses co-associés. Ils ne pourront avoir contre lui qu'un recours illusoire ; et ils seraient, dès lors, dans une situation où ils n'ont pas entendu se placer. Cela est évident, surtout dans les sociétés où la solidarité existe. Aussi, je crois que la déconfiture n'est pas, à proprement parler, une cause de dissolution de la société, mais qu'elle autorise une action en dissolution de la société (2).

Toujours est-il qu'on aurait dû éviter de comprendre dans la même disposition, et de mettre ainsi en quelque sorte sur

(1) Voy. notamment les art. 1276, 1613, 1913 et 2003 du Code Napoléon.

(2) Voy., ci-dessous, l'explication de l'art. 1871.

la même ligne, deux états dont l'un est légalement constaté et produit une incapacité légale, dont l'autre n'a pas de mode légal de constatation, et ne produit aucune incapacité, mais constitue seulement un défaut de garantie.

— Ces causes de dissolution s'appliquent-elles aux sociétés commerciales et à toutes ces sociétés? Elles s'appliquent aux sociétés de personnes, mais non aux sociétés de choses. Elles dissoudront les sociétés en nom collectif (1), mais non les sociétés anonymes : car, provenant d'un changement survenu dans la personne des associés, elles ne peuvent influer sur l'existence de la société qu'autant que la personne des associés elle-même s'y rattache ; or, dans les sociétés anonymes, elle y est complétement indépendante, elle n'y entre pour rien. Les changements survenus dans l'état des personnes ne peuvent donc agir sur la situation de cette société ; ils n'existent pas à son égard (2).

Il n'y a de difficulté que pour une seule espèce de société, la

(1) Rien ne s'oppose, du reste, à ce que, dans une société en nom collectif, comme dans une société civile, il soit stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuera avec son héritier ou seulement entre les associés survivants (Code Nap., art. 1868). Mais il faut à cet égard une stipulation formelle. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 10 novembre 1847 : « Attendu, dit la Cour, que l'arrêt attaqué, en décidant que la « société commerciale J. T. et Cie a continué d'exister postérieurement « au décès de F. T., l'un des associés, pour ses enfants mineurs, en l'ab- « sence de toute stipulation à cet égard faite par leur père, a faussement « appliqué l'art. 1868 du Code civil et formellement violé l'art. 1865 du « même Code... » (Dev.-Car., 48, 1, 1). — La Cour de Lyon a cependant jugé (22 juillet 1858), et, je crois, avec raison, que la société civile concessionnaire d'une mine est, de sa nature, perpétuelle, et se continue de droit entre les héritiers des associés : ceux qui ont formé une telle société sont censés être tacitement convenus que la mort de l'un d'entre eux n'en interromprait pas la durée. La nature de l'objet poursuivi doit faire présumer une pareille convention, bien que les parties aient négligé de s'en expliquer formellement.

(2) On a jugé, de même, que, dans une société d'assurances mutuelles, la considération de la personne n'est pas le motif déterminant de la convention, que par conséquent la mort de l'un des associés ne doit pas en entraîner la dissolution. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes), du 12 janvier 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 14).

société en commandite, qui est composée d'éléments divers. En ce qui concerne le gérant et les associés en nom, c'est une société de personnes, et par suite, les causes provenant des personnes, des changements survenus dans leur situation, la dissolvent (1). Mais en est-il de même à l'égard des simples commanditaires ou actionnaires? Il y a des auteurs qui décident d'une manière générale et absolue que les changements survenus dans la personne des commanditaires ou actionnaires n'emportent jamais la dissolution de la société. Cette décision ne saurait être admise sans distinction. Quand la commandite est par actions, il est clair que la mort d'un actionnaire, ou autre cause analogue à celle-là, ne peut affecter l'existence de la société, à laquelle la personne du commanditaire est étrangère. Il peut, sans que la société en soit aucunement affectée, se substituer un tiers, le mettre en son lieu et place, en lui cédant ses actions : dès lors qu'importe que cette substitution s'opère par une cession, ou par décès? C'est indifférent pour la société. Mais, en sens inverse, quand la commandite est par intérêt, cette substitution n'est pas possible par cession, et dès lors elle ne doit pas l'être davantage par décès, par faillite, par interdiction ; il n'est pas permis, sans tomber dans une inconséquence frappante, de décider autrement. Quand la commandite est par intérêt, le commanditaire, bien qu'il ne soit tenu que jusqu'à concurrence de son intérêt, et doive rester étranger à la gestion, n'en est pas moins lié personnellement à la société, qui ne peut plus dès lors subsister si les rapports personnels qui existent entre elle et lui

(1) Sauf, toujours, l'application de l'art. 1868. — En m'attachant à cet art. 1868, je suis conduit à décider qu'il peut être valablement convenu, dans les statuts d'une société en commandite, que la société ne sera pas dissoute par cela seul que le gérant cesserait ses fonctions pour une cause quelconque. Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour de Paris, du 28 février 1850 (déjà cité, ci-dessus, p. 230 et 231). Lors même que dans les statuts il aurait simplement été dit que l'assemblée générale aura le droit de révoquer le gérant, cela impliquerait virtuellement la convention que la société subsistera au cas où il cesserait ses fonctions : car cela montre clairement que les parties ne s'associent pas essentiellement en vue de sa personne.

deviennent impossibles, et c'est précisément pour remédier aux inconvénients inséparables de ces relations personnelles qu'on a substitué l'action à l'intérêt (1).

— Ici s'élève une question que je ne puis passer sous silence. L'interdiction légale, qui a remplacé la mort civile (2), est une cause de dissolution de la société, quand il s'agit d'une société de personnes. Mais est-ce une cause de dissolution absolue ou simplement relative ? en d'autres termes, peut-elle être opposée tout à la fois par les associés, les co-associés de celui qui a été frappé de cette interdiction, et par lui-même ou plutôt par son représentant légal, son tuteur ? On prétend que non ; et l'on se fonde sur ce que l'interdiction que nous supposons est une conséquence d'un crime, — non-seulement d'une faute, mais d'un fait condamnable, coupable au plus haut degré : on en conclut que celui qui l'a commis ne peut pas s'en prévaloir. Ses co-associés pourront bien invoquer contre lui cette cause de dissolution, mais il ne pourra pas l'invoquer contre eux ; son tuteur ne le pourra pas en son nom (3). On fait la même question et l'on décide de même pour la faillite et pour la déconfiture, dont le failli et le déconfit ne peuvent pas non plus exciper (4).

Mais, sans examiner si cette question peut s'élever en ce qui concerne la faillite et la déconfiture, qui sont des faits d'un ordre tout différent, je crois que la solution qu'on en donne est contraire aux termes et à l'esprit de la loi. En effet, la loi met sur la même ligne toutes ces causes de dissolution : elle les considère toutes comme opérant la dissolution de plein droit. Ensuite, il s'agit ici d'un contrat qui a ses conditions à part ; il s'agit d'un changement d'état, et non pas de l'inexécution des enga-

(1) Voy., ci-dessus, p. 258 et suiv.

(2) Voy., ci-dessus, p. 398, note 1re.

(3) La question se rattache, jusqu'à un certain point, à celle de savoir qui peut invoquer la nullité des actes passés par l'individu frappé d'interdiction légale. Sur cette dernière question, voy. M. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1er, n° 193, p. 252 de la 2e édition.

(4) Voy. M. Pardessus, t. III, n° 1066.

gements : c'est un autre ordre d'idées. La nature du contrat de société, et le changement opéré par la cause dont il s'agit dans la personne de l'associé, ne comportent pas la distinction qu'on propose. Il n'est pas possible de scinder cette cause de dissolution : dès que l'associé ne peut plus exercer ses droits dans la société, en faire partie, la société cesse forcément, tant à son égard qu'à l'égard des autres associés. Ce n'est pas là une de ces causes de dissolution qu'il faut invoquer, soumettre à l'appréciation des juges ; c'est une cause qui opère par elle-même la dissolution, et indépendamment de toute manifestation de volonté de la part des parties (1).

Il y a cependant une distinction à faire, mais d'un autre genre, quant à la déconfiture. Je ne crois pas qu'un associé fût recevable à demander la dissolution en alléguant sa déconfiture : je veux dire qu'il ne serait pas recevable à demander lui-même à la justice de déclarer l'existence de la déconfiture. Mais si cet état était une fois constaté judiciairement, de telle sorte que les autres associés pussent s'en prévaloir, il le pourrait lui-même comme eux.

V. Je passe à une cause de dissolution qui mérite de fixer spécialement l'attention, la dissolution par *la volonté qu'un seul ou plusieurs des associés expriment de ne plus rester en société.*

Est-ce là une cause générale de dissolution, applicable à toutes les sociétés?

Il est évident que non. Autrement, la société perdrait le ca-

(1) Pour que la société soit dissoute, les parties n'ont pas besoin de manifester la volonté qu'elle le soit. (M. Delangle, t. II, n° 661, développe la même idée relativement au cas de faillite, et combat la doctrine de M. Pardessus.) Mais, en sens inverse, les parties peuvent-elles valablement manifester la volonté qu'elle continue ? La Cour de cassation admet l'affirmative : « Attendu, porte un arrêt du 7 décembre 1858, « Attendu que, s'il est « incontestable, en droit, que la faillite, comme le décès de l'un des asso- « ciés, entraîne la dissolution de la société, il n'est pas moins certain qu'il « en est autrement lorsque les associés, majeurs et maîtres de leurs droits, « consentent, d'un commun accord, à la continuation de la société ; que, « dans ce cas, ils usent d'un droit dont ils ont la libre disposition... » (Dev.-Car. 59, 1, 619).

ractère de contrat, puisqu'elle ne dépendrait plus de la volonté commune et unanime des associés, mais de la volonté de chacun d'eux en particulier. Aussi cette cause n'est-elle admise que dans une seule espèce de société, où se rencontre une particularité qui l'explique, dans les sociétés dont la durée est illimitée; encore faut-il que la volonté de l'associé qui veut se retirer soit notifiée à tous les autres, qu'il choisisse pour se retirer un moment opportun et agisse de bonne foi (1).

Mais dans quel cas la société sera-t-elle considérée comme d'une durée illimitée? Lorsque, par elle-même, elle pourrait se prolonger indéfiniment: il n'y aura pas de terme expressément ni implicitement indiqué pour sa dissolution, — comme cela se rencontrera lorsque la société sera formée pour l'exploitation d'un commerce, le commerce des vins, le commerce des grains, par exemple. Il n'y a guère que les sociétés en participation qui se trouvent limitées par leur objet même à une certaine durée.

Dans quelle classe faudrait-il ranger la société qui serait contractée pour toute la durée de la vie des associés? Aurait-elle une durée limitée ou illimitée? dépendrait-il de chacun des associés de la dissoudre par sa seule volonté, ou bien la dissolution n'en pourrait-elle être prononcée avant le terme fixé qu'en vertu d'une juste cause? Les auteurs, en général, s'accordent à reconnaître à cette société le caractère d'une durée illimitée (2). Mais je crois que cette opinion n'est conforme ni au texte ni à l'esprit de la loi.

D'abord, elle serait contraire au sens naturel des termes : *durée limitée, durée illimitée*. Quand il y a une époque fixée pour la durée de la société, quelque éloignée qu'elle puisse être,

(1) Voy. l'art. 1869 du Code Napoléon. Et l'art. 1870 ajoute : « La renon-« ciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier « à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en com-« mun. Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières « et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée. » — Comp. Pothier, *Du contrat de société*, nos 149 et suiv.

(2) Voy. notamment M. Troplong, t. II, no 967.

il est faux de dire que la société n'a pas de durée limitée, puisqu'il y a un terme fixé.

Ensuite, en elle-même, la stipulation qui nous occupe n'a rien de contraire aux lois, à l'ordre public. L'art. 1844 le reconnaît implicitement : car il admet comme présomption légale que la société, quand elle n'a aucun terme fixe de durée, est censée contractée pour toute la durée de la vie des associés. Sans doute la loi leur réserve, dans ce cas, la faculté de se retirer ; mais, il faut bien le remarquer, cette faculté n'existe qu'autant qu'il n'y a pas de *terme indiqué* pour la dissolution de la société, qu'autant que la société est *censée* contractée pour la vie des associés. Au contraire, quand ils ont manifesté l'intention de la faire durer autant que leur vie, cette volonté doit être respectée : car elle n'a rien de contraire à l'ordre public, ni à la nature du contrat de société, où les parties sont libres de stipuler un terme, et de le stipuler aussi long que bon leur semble. A cet égard, elles ont toute latitude. Ne serait-il pas incohérent de leur défendre de faire directement ce qu'elles ont incontestablement le droit de faire indirectement ? Ainsi, les associés, quel que soit leur âge, sont parfaitement libres de stipuler que la société durera trente ans, quarante ans, cinquante ans : pour beaucoup d'entre eux, s'ils sont déjà d'un certain âge, ce terme sera certainement plus éloigné que celui de leur vie ; néanmoins ils ne pourront pas dissoudre la société par leur seule volonté. Il y a même des sociétés dont la durée est généralement stipulée pour un siècle et plus. Telles sont les sociétés relatives à l'exploitation des mines : car dans l'acte constitutif de cette société on stipule presque toujours qu'elle durera jusqu'à l'entier épuisement de la mine, ce qui peut comprendre une durée de plusieurs siècles ; et cependant on n'a jamais prétendu que ces sociétés pussent être dissoutes par la volonté d'un seul des associés (1).

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 1er juin 1859 : « Attendu que la « société formée pour tout le temps de l'exploitation des concessions houil-

Je crois donc, contrairement à l'opinion des auteurs, que les sociétés contractées pour la vie des associés sont des sociétés dont la durée est limitée.

La dissolution des sociétés par la volonté d'un seul des associés n'est admise que par une présomption tirée de l'intention probable des parties : car la volonté d'un seul ne peut pas détruire ce qui est l'œuvre de la volonté commune (1).

« lères du bassin de Graissessac, temps évalué par l'arrêt à plusieurs siècles, « et dont le terme était indéfini, a été considérée à bon droit comme de- « vant être classée parmi les sociétés à durée illimitée » (Dev.-Car., 61, 1, 113). — Cet arrêt a évidemment échappé à M. Bravard. Heureusement l'opinion de notre auteur sur le caractère des sociétés contractées pour durer pendant la vie des associés peut se soutenir même en mettant de côté l'observation qu'il fait relativement aux sociétés formées pour l'exploitation des mines.

(1) La loi qui, dans les sociétés dont la durée est illimitée, permet à chaque associé de se retirer et de dissoudre ainsi la société *ad nutum*, étant une loi interprétative de la volonté des parties, il s'ensuit que cette loi cesse d'être applicable lorsque les parties ont manifesté une volonté contraire. Je crois, en effet, que dans l'acte de société chacun des associés peut renoncer par avance à user de la faculté mentionnée dans les art. 1865 n° 5, 1869 et 1870 du Code Napoléon. « Pour juger si une renonciation est faite « à contre-temps, disait déjà Pothier, n° 151 *in fine*, c'est l'intérêt commun « de la société qu'il faut considérer, et non l'intérêt particulier de celui qui « s'oppose à cette renonciation, *à moins qu'il n'y eût quelque convention par « le contrat de société qui s'opposât à la renonciation.* » Et Pothier ici ne fait que traduire la décision donnée par le jurisconsulte Paul, L. 66 § 5 *Pro socio*. — Cette doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de Lyon, du 12 août 1828. Dans l'espèce, une société s'était formée pour exploiter des mines de houille, et aucun terme n'avait été fixé à sa durée. La Cour constate, en fait, que les parties avaient implicitement renoncé à demander la dissolution quand bon leur semblerait; puis elle ajoute que, « la règle « exprimée dans l'art. 1869 du Code civil ne tenant à aucun motif d'intérêt « ou d'ordre public, les parties étaient libres de s'en interdire l'usage. » Sur le pourvoi formé contre cet arrêt, intervint, le 7 juin 1830, un arrêt de rejet; du reste, la Cour de cassation ne reproduit pas le motif de droit qu'avait formulé la Cour de Lyon, elle se borne à dire que la décision attaquée repose sur des appréciations d'actes et de faits que la Cour de cassation n'a pas mission de contrôler.

Cette doctrine, enseignée par les jurisconsultes romains et par Pothier, consacrée par la Cour de Lyon, est repoussée par les auteurs modernes : Voy. MM. Troplong, t. II, n° 973; Delangle, t. II, n^os^ 667-670; Aubry et Rau, t. III, § 384, p. 414 de la 3^e^ édition. Elle a été repoussée aussi, au moins

— Reste à examiner si cette cause de dissolution est applicable aux sociétés commerciales, si elle s'applique à toutes les sociétés commerciales.

L'affirmative peut s'induire d'abord de l'art. 18, qui dit que le contrat de société se règle *par le droit civil*, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties, et aussi de ce que ce ne sera guère qu'en matière commerciale, ce ne

implicitement en 1859, par la Cour de cassation (Voy., ci-dessous, p. 409, note). Mais j'avoue que je ne vois aucune bonne raison pour ne pas appliquer ici purement et simplement le grand principe de la liberté des conventions. En effet, invoquera-t-on par analogie l'art. 1780 du Code Napoléon, d'après lequel on ne peut engager ses services qu'à temps ? D'abord il est évident que l'argument d'analogie qu'on prétendrait en tirer ne peut avoir aucune espèce de valeur pour ceux qui admettent avec M. Bravard que la société contractée pour durer pendant toute la vie des associés est une société dont la durée est limitée, dans laquelle par conséquent les associés n'ont pas la faculté de se retirer *ad nutum*. D'ailleurs, en tout cas, cet art. 1780 est fondé sur l'idée que celui qui loue ses services se place un peu sous la dépendance de l'autre partie, c'est-à-dire sur une idée qui n'a aucune application entre des associés. Invoquera-t-on l'art. 815, qui porte que la convention de rester dans l'indivision n'est obligatoire que pour cinq ans ? Mais il est évident que cet article, applicable au cas de simple indivision, n'est point fait pour le cas de société, lors même que, la société n'étant point une personne morale, les associés sont copropriétaires (Voy., ci-dessus, p. 176 et 177). Si l'art. 815 ne s'oppose pas à ce que je forme une société pour vingt ou trente ans, de laquelle je ne serai certainement pas libre de sortir *ad nutum*, il ne s'oppose pas davantage à ce que, formant une société d'une durée illimitée, je puisse renoncer à la faculté d'en sortir suivant mon seul caprice.

Il faut bien remarquer, du reste, que, si l'on admet avec moi la possibilité d'exclure, dans la société dont la durée est illimitée, l'application de l'art. 1869, il n'en résultera pas du tout que l'associé serait privé du droit de faire prononcer la dissolution pour un juste motif, conformément à l'art. 1871. Cet art. 1871 parle de *sociétés à terme*, parce que dans ces sociétés la dissolution *ad nutum unius* est exclue de plein droit : si dans une société à durée illimitée cette dissolution a été exclue conventionnellement, dès lors il y a une raison *a fortiori* pour appliquer l'art. 1871. En un mot, cette disposition, inutile et inapplicable en cas de société à durée illimitée lorsque, suivant la nature de cette société, chaque associé peut invoquer l'art. 1869, devient immédiatement fort utile et parfaitement applicable dès que les associés ont voulu se placer, en excluant la dissolution *ad nutum unius*, sous le régime des sociétés à terme.

sera guère que lorsqu'il s'agira de sociétés formées pour l'exploitation d'un commerce ou d'une branche de commerce, que la société sera d'une durée illimitée.

Je crois, en effet, que cette cause de dissolution s'appliquera aux sociétés commerciales de personnes. Mais, au contraire, elle ne s'appliquera pas aux sociétés de choses, aux sociétés par actions. En effet :

1° Ces sortes de sociétés ne sont pas entrées dans les prévisions des rédacteurs du Code Napoléon. C'est le Code de commerce qui les a constituées. Donc les art. 1865, 1869 et 1870 ne sont pas applicables à ces sociétés;

2° Dans ces sociétés, il y a un moyen bien plus simple de sortir de la société, c'est de céder l'action. Il est vrai qu'un actionnaire peut ne pas trouver à la céder; mais ce n'est là qu'un obstacle temporaire, qui peut cesser d'un moment à l'autre. Et l'associé serait d'autant moins fondé à se plaindre, que, quand même il demanderait la dissolution, on pourrait ajourner sa demande comme inopportune, et l'obliger à attendre un moment plus favorable.

3° Enfin, il serait toujours très-onéreux, et souvent impossible (quand les actions sont au porteur), de faire à tous les associés la notification prescrite par les articles du Code Napoléon.

Par toutes ces considérations, je conclus que la dissolution par la volonté d'un seul s'applique aux sociétés commerciales de personnes et non à celles de choses (1).

(1) Si nous supposons une société de personnes dans laquelle il a été convenu que l'intérêt des associés serait transmissible, il faut dire que par l'effet même de cette convention les différents associés n'ont plus la faculté de dissoudre la société *ad nutum*. En effet, l'associé qui s'ennuiera de rester en société aura un moyen bien simple d'en sortir, il n'aura nullement besoin de se prévaloir de l'art. 1869 : il lui suffira de céder son intérêt à un tiers, qui prendra sa place dans la société. Aussi les auteurs mêmes qui pensent qu'on ne peut pas valablement renoncer par une clause expresse à la faculté de dissoudre la société *ad nutum*, admettent-ils que cette faculté s'évanouit par cela seul qu'il a été dit que l'intérêt serait transmissible : Voy. MM. Troplong, t. II, n° 971; Aubry et Rau, t. III, § 384. La même

Je passe à une autre catégorie de causes de dissolution, laquelle se rencontre lorsqu'il y a une action en dissolution portée devant la justice. C'est le cas prévu par l'art. 1871.

doctrine a été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation (Chambre civile), du 6 décembre 1843, dont voici le texte :

« Attendu que l'arrêt attaqué, par appréciation de l'intention des parties « et des clauses constitutives de la société qu'elles ont consentie, décide « formellement qu'elles ont renoncé à la faculté accordée par la loi à cha- « que associé d'une société dont la durée est illimitée, d'en opérer la dis- « solution par la seule manifestation de la volonté de cesser d'en faire « partie, et que le droit de vendre les actions qui en représentent le capi- « tal a remplacé pour chacune d'elles celui de réclamer cette dissolution; « — Attendu que, si la loi, afin de ne pas perpétuer l'engagement contracté « entre les membres d'une société illimitée dans son cours, les a admis à « la faire dissoudre par le seul effet de leur volonté exprimée de bonne foi « et en temps opportun, la faculté qu'elle leur accorde ne peut s'exercer « lorsqu'ils ont consenti dans les stipulations de la convention sociale à « substituer à ce moyen légal d'autres moyens de s'affranchir des obliga- « tions qui leur étaient imposées; que c'est, en effet, la prolongation indé- « finie de l'association et les dangers qui peuvent en résulter pour les asso- « ciés que le législateur a voulu prévenir, et que, dès lors, les motifs qui « l'ont déterminé ne trouvent plus d'application lorsqu'il a été pourvu à ce « danger par la convention des parties; — Attendu, dans l'espèce, qu'il est « déclaré constant que les demandeurs avaient été mis à même de disposer « de leurs parts sans recourir à un partage ni à une licitation et sans pou- « voir contraindre leurs co-actionnaires à vendres imultanément les leurs en « même temps; — Attendu qu'en décidant, dans un pareil état de choses, « qui les laissait parfaitement libres de se dégager des liens sociaux par la « transmission de leurs titres, qu'ils avaient pu valablement renoncer à la « faculté établie en leur faveur par les art. 1865 n° 5 et 1869 du Code civil, « l'arrêt attaqué n'a violé ni les dispositions de ces articles ni aucune autre « loi.... » (Dev.-Car., 44, 1, 22).

La Cour de cassation (même Chambre civile) a marché logiquement dans la même voie en décidant, par son arrêt du 1er juin 1859, que la faculté pour chaque associé de dissoudre la société *ad nutum* subsiste, lors même que le capital social aurait été divisé en actions, si les actions ne sont pas cessibles à la volonté des titulaires, si leur aliénation est subordonnée, par exemple, à l'agrément du conseil d'administration. Cet arrêt présuppose clairement, comme on va le voir, qu'en général les associés ne peuvent pas par une clause spéciale renoncer purement et simplement à la faculté d'invoquer les art. 1865 n° 5 et 1869 : « Attendu, dit « la Cour, que la faculté de demander la dissolution cesse, il est vrai, d'ap- « partenir à chacun des membres d'une société, même à durée illimitée, « lorsqu'ils ont consenti, dans les stipulations du pacte social, à substituer

Cette catégorie comprend deux ordres de causes, fort distinctes en elles-mêmes, dans leur principe, et soumises à des règles fort différentes, savoir :

1° L'inexécution des engagements contractés envers la société par le contrat qui la constitue ;

2° Un fait postérieur à ce contrat, mais de nature à en rendre la dissolution préférable à la continuation.

On a réuni ces deux sortes de causes dans le même article (1), parce qu'elles tendent au même résultat, à la dissolution de la société ; mais c'est à tort : car elles n'ont que cela de commun, et elles se rattachent à deux ordres d'idées essentiellement différents, à deux principes non-seulement distincts, mais opposés. La première n'est que l'application au contrat de société d'une règle commune à tous les contrats synallagmatiques ; la seconde, en dehors du droit commun et particulière au contrat de société, dérive de la nature propre, spéciale, de ce contrat. On aurait donc mieux fait de les séparer que de les réunir et de paraître ainsi les assimiler. Il n'y aurait même pas eu d'incon-

« à ce moyen légal d'autres moyens de s'affranchir des liens de l'association, « mais qu'un tel équivalent n'est admissible qu'autant que la liberté de « sortir de l'association se trouve pleinement assurée à tous ; — Attendu que « l'arrêt attaqué a décidé, en fait, par interprétation des clauses et condi- « tions de l'acte de société, que cet acte n'offrait nullement aux associés le « moyen de se soustraire aux charges de l'association par la libre transmis- « sion de leurs parts d'intérêt ; d'où l'arrêt a tiré, à bon droit, la consé- « quence que la renonciation des associés à demander la dissolution de la « société est nulle et doit demeurer sans effet, comme faite en violation de « l'art. 1869 du Code Napoléon, puisque les dispositions de l'acte social « dans lequel cette renonciation est stipulée ne fournissent pas les moyens « suffisants de satisfaire au vœu de cet article.... » (Dev.-Car., 61, 1, 113).

(1) En voici le texte : « La dissolution des sociétés à terme ne peut être « demandée par l'un des associés avant le terme convenu qu'autant qu'il y « en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses « engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires « de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité « sont laissées à l'arbitrage des juges. » Cette disposition n'est guère autre chose que le résumé de ce que dit Pothier, au n° 152 de son *Traité du contrat de société*. C'est notamment à Pothier que les rédacteurs de l'article 1871 ont emprunté les deux exemples qu'ils donnent.

vénient à ne point parler de la première de ces causes, l'inexécution des engagements, car le droit commun suffisait à cet égard, et à se borner à comprendre dans l'art. 1871 les faits survenus depuis la formation de la société, qui peuvent être considérés comme suffisants pour servir de base à une demande en dissolution.

Après cette observation, qui n'est pas sans importance, je vais expliquer successivement : 1° l'inexécution des engagements, considérée comme cause de dissolution ; 2° les faits postérieurs à la formation de la société, et constituant ce que l'art. 1871 appelle *un juste motif de dissolution* (1).

Je commence par l'inexécution des engagements.

Cette cause de dissolution n'a rien de particulier aux sociétés : elle n'est que l'application d'un principe général qui régit tous les contrats synallagmatiques, savoir que, dans ces contrats, la condition résolutoire est sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements : alors les autres parties peuvent demander l'exécution avec des dommages et intérêts, ou, si elles le préfèrent, la résolution, également avec des dommages et intérêts. Il en est, à cet égard, de la société comme de tous les contrats synallagmatiques, et les associés envers lesquels il y aura inexécution des engagements pourront choisir entre les deux moyens que je viens d'indiquer : demande d'exécution avec dommages et intérêts, ou demande de résolution avec dommages et intérêts. Ce n'est là, encore une fois, que l'application au contrat de société, de l'art. 1184, qui est général et commun à tous les contrats synallagmatiques.

Mais il y aura ceci de particulier en matière de société, que les dommages et intérêts, alors même qu'il s'agirait d'une somme d'argent, ne se borneront pas au montant des intérêts suivant le taux légal, quoique l'art. 1153 du Code Napoléon porte que, dans les dettes de sommes d'argent, les dommages et

(1) On peut remarquer que dans l'art. 1871 l'inexécution par l'un des associés des engagements qu'il avait contractés envers la société est précisément présentée comme étant pour les autres *un juste motif de demander la dissolution.*

intérêts ne consistent que dans la condamnation au paiement des intérêts légaux. En matière de société, au contraire, art. 1846, ils seront proportionnés à tout le préjudice que l'inexécution de l'obligation ou le retard dans l'exécution aura causé à la société. Et cela tient à la nature particulière de ce contrat, à ce que les sommes ou valeurs que chaque associé s'engage à apporter ne sont pas considérées comme un simple placement, mais comme destinées à servir d'aliment à des opérations faites en vue de réaliser des bénéfices, comme des éléments de gain, des instruments de lucre. Dès lors, on le conçoit, quand la société, par la négligence d'un des associés, a été privée de ce moyen d'action et des avantages qu'elle en aurait retirés, elle est en droit de réclamer une indemnité proportionnée aux bénéfices qu'elle a manqué de faire ou à la perte qu'elle a subie. C'est une juste conséquence du caractère qui distingue la société des autres contrats, de la définition même que l'art. 1832 a donnée de la société (1).

Quand la demande en dissolution de la société se fonde sur l'inexécution des engagements de l'un ou de plusieurs des associés, il est clair que ceux-là seuls seront recevables à invoquer cette cause de dissolution auxquels elle ne sera pas imputable, que ceux de qui provient l'inexécution ne seront pas, eux, recevables à s'en faire un titre pour demander la dissolution. Elle pourra être demandée contre eux, non par eux : car évidemment ils ne sont pas admissibles à se prévaloir de leur négligence, de leur faute; ils sont, au contraire, tenus d'en subir les conséquences (2). C'est pourquoi il est regrettable que, dans l'art. 1871, on ait présenté l'inexécution des engagements comme constituant simplement un juste motif de dissolution, et paru l'assimiler à une cause toute différente, à l'infirmité habituelle qui rendrait un associé impropre aux affaires de la société (3).

L'inexécution des engagements constituant une infraction au

(1) Voy., ci-dessus, p. 162.

(2) Cela, d'ailleurs, résulte du texte même de l'art. 1871.

(3) Ici la dissolution pourrait être poursuivie par celui-là même qui est atteint de l'infirmité habituelle. Voy., ci-dessous, p. 417.

contrat de société (1), tous les associés, hormis celui ou ceux qui sont coupables de cette inexécution, auront qualité pour demander, en leur nom personnel, individuel, l'exécution de l'engagement ou la dissolution de la société : car le contrat fait loi pour tous les associés, et la majorité ne peut à cet égard imposer sa volonté à la minorité, lui enlever un droit qui dérive du contrat même. Il ne saurait être permis à la majorité de changer les conditions du contrat : chacun des contractants a le droit personnel, individuel, d'en réclamer l'exécution. Sous ce rapport aussi, comme nous allons le voir, il est fâcheux qu'on ait, dans l'art. 1871, confondu *l'inexécution des engagements* avec *les justes motifs*, motifs que je vais maintenant expliquer (2).

(1) Il va sans dire qu'il n'y a pas à distinguer si les engagements qui n'ont pas été exécutés dérivent du contrat primitif ou s'ils dérivent de conventions supplémentaires ajoutées après coup à ce contrat : dans un cas comme dans l'autre il y a ouverture à l'application de l'art. 1184. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 27 mars 1844 (Dev.-Car., 45, 1, 212).

(2) En expliquant le premier cas prévu par l'art. 1871, M. Bravard a toujours supposé qu'il y avait faute de l'associé qui n'a pas exécuté ses engagements, ou, en d'autres termes, que l'inexécution lui était imputable. L'art 1184 statue également sur le cas où celui qui ne satisfait pas à ses obligations est en faute : il parle de dommages-intérêts; or, il est constant que les dommages-intérêts présupposent la faute ou la demeure du débiteur contre qui ils sont prononcés (Code Nap., art. 1147 et 1148). Que devrons-nous décider si un cas fortuit ou une force majeure a mis l'associé dans l'impossibilité de remplir ses engagements? La doctrine de MM. Aubry et Rau sur l'art. 1184 conduirait à décider qu'en cas pareil il n'y aura pas lieu à dissolution de la société : « Le juge saisi de la demande en résolution, disent les savants professeurs (t. III, § 302, p. 55 de la 3e édition), est autorisé à la rejeter, si l'inexécution des obligations imposées à la partie contre laquelle elle est formée n'est pas entièrement imputable à cette dernière. » Il y a là évidemment une grave erreur. En effet, dans un contrat synallagmatique en général, et spécialement dans le contrat de société, quand il survient pour l'une des parties impossibilité de remplir son obligation, sans doute l'art. 1184 n'est pas applicable, mais nous tombons dans *la question des risques*, c'est-à-dire que la partie qui n'a pas exécuté son obligation est libérée, et que l'obligation corrélative de l'autre partie subsiste ou est éteinte par contre-coup, suivant que cette autre partie était ou n'était pas devenue propriétaire de la chose en vue de laquelle elle s'est obligée. En conséquence, si l'un des associés a promis d'apporter à la

Que faut-il entendre, en matière de société, par *un juste motif de dissolution?* C'est un fait, un événement, postérieur à la formation de la société, et qui ne permet pas à la société de fonctionner utilement, d'une manière conforme à l'intention qui y a présidé, au but qu'on s'est proposé, qui ne permet pas aux parties d'en retirer les avantages qu'elles s'en étaient promis. C'est donc là une cause de dissolution qui est étrangère aux contrats en général, et qui est appropriée à la nature toute spéciale du contrat de société, en rapport avec son but, ses moyens d'action, sa manière d'opérer. Il vaut mieux, en effet, que la société cesse d'exister, plutôt que de vivre au milieu des jugements de condamnation, des saisies, des protêts, etc.

On le voit donc, cette nouvelle catégorie de causes de dissolution est essentiellement distincte de la précédente. A la différence de la précédente, qui se rattache au contrat lui-même, à sa formation, à ses conditions d'existence, celle-ci ne se rattache qu'à un fait postérieur au contrat, étranger à sa formation, et tenant à son exécution, à son but ou à ses moyens d'action.

Ainsi, les sociétés, au moins quand elles sont de personnes, supposent que tous les associés se connaissent et ont confiance les uns dans les autres, qu'il y a entre eux bonne intelligence et parfaite harmonie. Dès lors, s'il survenait une cause grave d'inimitié, qui rendît impossible entre deux ou plusieurs d'entre eux la continuation des rapports sociaux, et que par suite l'administration de la société en souffrît, que le but qu'on s'est proposé ne pût plus être atteint, ce pourrait être une cause légitime de

société la propriété ou l'usufruit d'une chose, et que, par cas fortuit, il lui devienne absolument impossible de remplir son obligation, la société se trouve dissoute (voy. nos explications sur l'art. 1867, ci-dessus, p. 387 et suiv.). C'est ainsi encore que, la chose donnée à loyer venant à périr par cas fortuit, cette perte, qui libère le bailleur, libère par contre-coup le preneur, de sorte que le bail se trouve résilié (Code Nap., art. 1722). Du reste, au cas de perte partielle, la loi apporte, en matière de louage, un certain tempérament à la théorie absolue des risques : le bail n'est pas résilié de plein droit (même art. 1722), et j'appliquerais volontiers le même tempérament en matière de société.

dissolution. De même, si l'un des associés venait à tomber en déconfiture, les autres seraient en droit de lui dire : « Nous n'avons consenti à nous mettre en société avec vous que parce que vous offriez des garanties de solvabilité : ces garanties n'existent plus, nous demandons la dissolution. » Je crois qu'on aurait mieux fait de comprendre dans l'art. 1871 cette cause de dissolution, que celle qui résulte de l'inexécution des engagements (1). La déconfiture d'un associé est bien un juste motif de dissolution ; mais il différerait des autres en ce qu'il ne pourrait pas être invoqué, du moins je le crois, par celui qui se trouverait dans cet état.

On peut citer encore comme un juste motif de dissolution, et celui-là est indiqué par l'art. 1871 lui-même, la survenance d'une infirmité habituelle qui rend l'associé, ou l'un des associés, que concerne l'administration, incapable de remplir ses fonctions. En effet, si c'est en vue des services qu'il pouvait rendre à la société comme administrateur que les autres associés sont entrés dans la société, si lui-même n'a voulu entrer dans la société qu'à la condition d'en être l'administrateur, l'impuissance à laquelle il se trouve réduit de remplir cette mission est un juste motif de dissolution. Seulement, il faut supposer, bien entendu, que l'associé qui a promis d'apporter à la société son travail personnel, son industrie, est atteint d'une infirmité non pas purement temporaire, momentanée, mais habituelle et permanente, et qu'il ne saurait être remplacé par un tiers.

Indépendamment de ces justes motifs que je ne mentionne que par forme d'exemples, il en est d'autres qui s'appliquent à toutes les sociétés et se rattachent au but en vue duquel elles sont formées. Je puis citer notamment une diminution considérable survenue dans les ressources de la société, un amoindrissement du fonds social, tel qu'il ne serait plus possible de faire les opérations qu'on avait en vue, de suivre la marche qu'on avait adoptée, d'obtenir les résultats qu'on s'était promis. Si, effec-

(1) Voy., ci-dessus, p. 399.

tivement, on ne pouvait plus attendre de bons résultats de la prolongation de la société, il vaudrait mieux la dissoudre, et ce serait là un juste motif de dissolution. Il en serait de même encore dans le cas où, par suite d'un changement inopiné, imprévu, au point de vue commercial et économique, de la législation sous l'empire de laquelle une société s'était formée, avait grandi et prospéré, elle se voyait dans l'impuissance de continuer avec succès ses opérations, ne pouvait plus espérer de réaliser des bénéfices en rapport avec ses frais, avec ses charges ; et ce serait aux tribunaux à apprécier ce que demande l'intérêt bien entendu de la société, et, en conséquence, à accueillir ou à rejeter la demande en dissolution.

Dans certains cas, la progression décroissante pendant plusieurs années, puis l'absence totale de bénéfices, à quoi auraient succédé des pertes suivant toujours une proportion croissante, dans certains cas, dis-je, cela pourrait être considéré comme un juste motif de dissolution.

En définitive, toutes ces causes de dissolution se rattachent à une même donnée, à cette particularité du contrat de société de se composer de personnes, ou de choses, ou de personnes et de choses tout à la fois, et de tendre par la mise en action de ses ressources, par l'exploitation du fonds social, à produire des résultats plus ou moins prochains ou éloignés, plus ou moins probables ou improbables, mais toujours variables et incertains ; or, quand par des causes, quelles qu'elles soient, survenues depuis la formation de la société, et qui l'entravent dans sa marche, ces résultats ne peuvent sûrement plus être obtenus, il y a, par cela même, un juste motif de dissolution.

Maintenant, il est aisé de voir que les justes motifs, différant en cela de l'inexécution des engagements, n'impliquent par eux-mêmes aucune négligence, aucune faute, et ne sont pas susceptibles d'emporter une condamnation à des dommages et intérêts, comme l'inexécution des engagements (1).

(1) Voy. ci-dessus, p. 413, note 2.

On voit encore qu'à la différence de l'inexécution des engagements, les justes motifs peuvent être invoqués même par celui de la personne duquel ils proviennent. Ainsi, par exemple, dans le cas d'infirmité habituelle, l'associé qui en est atteint peut, comme les autres, demander la dissolution (1), parce qu'il n'y a ni faute ni négligence à lui imputer.

De même, — et c'est une troisième différence entre les justes motifs et l'inexécution des engagements, — quand la demande en dissolution n'est fondée que sur un juste motif, c'est-à-dire sur ce qu'il est de l'intérêt de la société qu'elle cesse de subsister, il faudra, en général, pour que cette demande en dissolution soit recevable, qu'elle ait été approuvée par la majorité et qu'elle soit formée en son nom : car il n'y a pas ici, comme dans le cas d'inexécution des engagements, une infraction alléguée, il y a simplement une question d'utilité soulevée ; et quel est le meilleur juge, le juge le plus compétent de cette utilité, le seul même qui soit compétent? C'est la majorité des intéressés : leur position à tous est la même, leur condition égale, et dès lors les volontés particulières doivent céder à la volonté de la majorité. L'appréciation de la majorité doit prévaloir sur celle de tel ou tel associé en particulier, car il ne représente pas l'intérêt commun. C'est le cas de dire que l'intérêt particulier doit s'effacer devant l'intérêt général, qui est représenté par la majorité.

Toutefois, il pourrait y avoir des exceptions à cette règle. Ainsi, par exemple, une infirmité habituelle est survenue à l'un des associés administrateurs : la majorité ne pourrait pas empêcher cet associé de demander la dissolution, si cet associé n'avait consenti à faire partie de la société que sous la condition qu'il en serait administrateur. Du reste, ce cas se rattacherait plutôt à la dissolution pour inexécution des engagements, ou, en d'autres termes, à une cause inhérente au contrat, à sa formation, qu'à un juste motif proprement dit. En effet, quand l'inexécution des

(1) Pothier ne dit même pas que la dissolution en ce cas puisse être demandée par les autres associés (n° 152 *in fine*).

engagements est la suite d'un fait de force majeure, celui même de qui elle provient peut l'invoquer (1).

Pour se former une idée complète des causes de dissolution, il faut remarquer que les actes même postérieurs à l'événement qui a dissous la société, ne sont pas nécessairement nuls; que, si les tiers ont ignoré la dissolution de la société et contracté avec elle dans cette ignorance, l'engagement sera aussi valable que si la cause de dissolution n'existait pas. Il en sera de même à l'égard des actes de l'associé administrateur : quoique postérieurs à la cause de dissolution, ils seront valables à l'égard des autres associés, s'il a été de bonne foi.

Maintenant, pour établir la bonne ou la mauvaise foi, il faudrait recourir à la preuve testimoniale et aux présomptions. C'est un inconvénient, lequel, du reste, n'est pas bien grave quand il s'agit de sociétés civiles, où les engagements sont peu

(1) Voy., ci-dessus, p. 413, note 2.

Je ferai une dernière observation sur l'art. 1871. J'ai admis (*supra*, p. 406, note 1), contrairement à l'opinion commune, et en invoquant notamment la doctrine des jurisconsultes romains reproduite par Pothier, que, dans la société à durée illimitée, les différents associés peuvent très-valablement renoncer à la faculté de dissoudre la société *ad nutum*. Pourraient-ils également renoncer à la faculté d'invoquer l'art 1871, de poursuivre la dissolution pour un juste motif? Je n'hésite pas à répondre négativement. La même raison qui fait qu'on ne peut pas renoncer d'avance à invoquer la prescription s'applique parfaitement ici : la renonciation n'aurait véritablement pas lieu en connaissance de cause. Sur ce point encore je ne fais que suivre la doctrine de Pothier : « Si l'associé, dit Pothier (n° 152), a un juste sujet de quitter la société avant le temps, sa renonciation, qu'il fait signifier à ses associés, est valable et dissout la société : ce qui a lieu quand même il y aurait une clause expresse par le contrat de société, que les associés ne pourraient se désister de la société avant le temps. C'est pourquoi Pomponius observe qu'une telle clause est superflue, parce que, quand même elle n'aurait pas été exprimée, l'un des associés ne peut pas se désister de la société avant le temps s'il n'en a pas un juste sujet, et que, lorsqu'il en a un, cette clause ne l'empêche pas de s'en désister. *Quid, si convenit ne abeatur? an valeat? Eleganter Pomponius scripsit frustrà hoc convenire : nàm, etsi non convenit, si tamen intempestivè renunciatur societati, esse pro socio actionem; sed, etsi convenit ne intrà certum tempus abeatur, et antè tempus renunciatur, potest rationem habere renunciatio* (L. 14 *Pro socio*). »

nombreux, où l'administrateur ne peut pas obliger les autres associés sans qu'ils lui aient donné un mandat spécial à cet effet, et où les engagements ne sont pas solidaires. Par ces trois raisons, en sens inverse, la preuve testimoniale et les présomptions ne pouvaient pas être admises après la dissolution d'une société commerciale, opérée par telle ou telle cause, pour établir la bonne ou la mauvaise foi qui aurait présidé aux engagements contractés. Elles ne pouvaient pas être admises : car cela aurait eu des inconvénients extrêmes, en raison du nombre des engagements, de la faculté qu'a l'administrateur d'obliger la société et tous les associés, de les obliger indéfiniment et solidairement. Aussi ce genre de preuve n'est pas possible, et la dissolution des sociétés commerciales est, comme leur constatation, soumise à des conditions de forme et de publicité, — de telle sorte que, si ces formalités ont été remplies, la société est légalement dissoute à l'égard de tous ; si elles ne l'ont pas été, les tiers peuvent, suivant leur intérêt, faire considérer la société à leur égard comme subsistant toujours ou comme dissoute, sans qu'il y ait besoin de recourir à des témoignages. De même, à défaut de publication, les associés pourront, sans qu'il soit besoin de recourir à une audition de témoins, de raisonner par voie de présomptions de l'homme, faire considérer la dissolution comme non avenue à leur égard, jusqu'à ce que la publication ait eu lieu. C'est ce que décide l'art. 46 (1).

Mais cet article a fait naître une question fort grave et fort controversée. La publication est-elle requise pour toutes les

(1) Voici le texte de cette importante disposition : « Toute continuation « de société après son terme expiré sera constatée par une déclaration des « co-associés. Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de société « avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement « ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout chan- « gement à la raison de société, sont soumis aux formalités prescrites par « les art. 42, 43 et 44. En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu « à l'application des dispositions pénales de l'art. 42, dernier alinéa. » — Le germe de cet art. 46 se trouve déjà dans l'Ordonnance de 1673 (Tit. IV, art. 3 *in fine* et 4).

causes de dissolution indistinctement, ou seulement pour quelques-unes de ces causes?

Il y a un premier point qui me paraît certain : c'est que, si la cause de dissolution a d'avance été énoncée dans l'extrait qui a été publié de l'acte de société (1), il n'est pas besoin d'une publication spéciale, nouvelle, pour opérer la dissolution. Dans ce cas, la société est dissoute, de plein droit et immédiatement, à l'époque indiquée d'avance dans l'extrait. Cela n'est point dit, il est vrai, dans l'art. 46 (2); mais c'est ce qui résulte de la combinaison de cet article avec l'art. 64. En effet, l'art. 64 admet en matière de société une prescription de cinq ans, et il la fait partir du jour où la société a été légalement dissoute; or, il considère la société comme légalement dissoute à l'époque fixée pour son extinction, lorsque cette époque a été indiquée dans l'extrait publié, sans qu'il soit besoin d'une nouvelle publication.

Voilà un premier point qui est certain. Maintenant, si la cause de dissolution n'est pas de nature à être indiquée dans l'extrait, que faudra-t-il décider?

Il y a des auteurs qui sont d'avis que toutes les causes de dissolution énoncées dans l'art. 1865 suffisent pour dissoudre la société, sans qu'elles aient été rendues publiques (3). Mais ces

(1) Ou dans l'acte même de société, s'il s'agit d'une société anonyme (Voy., ci-dessus, p. 337).

(2) Je trouve, au contraire, que cela y est indiqué assez clairement. Supposons qu'il soit exprimé dans l'extrait que la société finira tel jour : si les associés veulent la faire finir plus tôt ou plus tard, l'art. 46 exige bien formellement que le public en soit averti; si au contraire ils veulent la laisser finir au jour primitivement arrêté, l'art. 46 n'ordonne point qu'on rappelle au public qu'elle a effectivement pris fin ce jour-là, et dès lors il m'est impossible d'apercevoir sur quoi nous pourrions nous fonder pour soumettre les associés à une pareille obligation. Sans doute l'argument que M. Bravard tire de l'art. 64 est décisif; mais, même en l'absence de cet article, je crois qu'il n'y aurait pas eu à hésiter.

(3) « L'esprit de la loi, dit M. Pardessus (t. III, n° 1088), est d'imposer la nécessité de l'affiche aux seuls *actes constatant la dissolution*, c'est-à-dire aux conventions intervenues entre des personnes qui étaient libres de dissoudre ou de ne pas dissoudre la société. » — La même idée se retrouve

causes peuvent être ignorées des tiers et même des associés. Il faudrait donc, dans ce système, pour apprécier la valeur des engagements contractés, admettre la preuve testimoniale : car on ne pourrait pas se dispenser de tenir compte de la bonne foi des tiers et des associés; et c'est ce genre de preuve que l'art. 46 a eu pour but d'écarter quant à la dissolution des sociétés, comme les art. 39, 40, 41, 42, 43 et 44 ont eu pour but de l'écarter quant à leur formation. Ce système n'est donc compatible ni avec l'esprit ni avec la lettre de l'art. 46.

Aussi d'autres auteurs veulent-ils distinguer, à cet égard, entre les différentes causes de dissolution, et ils ne dispensent de la publication que celles qui ont par elles-mêmes une certaine notoriété, comme le décès d'un associé (1). Mais cette distinction me paraît arbitraire et peu rationnelle (2) : car le décès

dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1844, sur lequel je reviendrai bientôt.

(1) Voy. notamment M. Delangle (t. II, n° 580). Suivant lui, « le décès est un fait notoire : consigné dans les registres de l'état civil, il est censé connu de tous ceux auxquels il importe de le connaître; et, à moins que les associés n'aient expressément stipulé que le décès de l'un d'eux n'entraînerait pas la fin de leurs rapports, la société est dissoute de droit et sans publication... Il y a constatation authentique d'un fait qui met fin à la société. » Evidemment, quand M. Delangle dit que le décès, consigné dans les registres de l'état civil, est censé connu de tous ceux auxquels il importe de le connaître, l'habile jurisconsulte met complétement de côté la disposition de l'art. 1350 du Code Napoléon, aux termes duquel la présomption légale est attachée *par une loi spéciale* à certains actes ou à certains faits. Non-seulement aucune *loi spéciale* ne présume qu'un décès est connu du public dès l'instant où il a été constaté dans les registres de l'état civil, mais le législateur prévoit même positivement le cas où la mort d'une personne est restée ignorée de ceux qui avaient le plus grand intérêt à la connaître et ne les considère point comme coupables par cela seul de négligence (C. Nap., art. 2008 et 2009). — M. Bédarride adopte la même idée que M. Delangle : « La mort naturelle, dit-il (t. II, n° 406), est assez publique pour n'être ignorée de personne sur la localité; et, pour peu qu'elle soit de nature à intéresser le commerce, les négociants ne manqueront pas d'en avertir leurs correspondants. »

(2) Telle est aussi l'opinion de M. Troplong (*Du contrat de société*, t. II, n° 903) et de M. Alauzet (*Comment. du Code de commerce*, t. 1er, n° 274). « L'art. 46, dit très-bien ce dernier auteur, ne s'applique pas seulement à

d'un associé peut être ignoré, pendant un certain temps, des tiers et des associés, et, dans tous les cas, il ne sera pas connu de tous

tous actes portant dissolution de société, mais à tout changement ou retraite d'associé : le décès, s'il n'est une retraite, n'est-il donc pas un changement ? » — Malheureusement, M. Troplong et M. Alauzet ajoutent que, si la dissolution n'avait pas été publiée conformément à l'art. 46, on pourrait toujours prouver, contre celui qui prétend faire considérer cette dissolution comme non avenue, qu'il en a eu connaissance par quelque autre moyen. C'est là une doctrine absolument inadmissible. L'art. 1071 du Code Napoléon ne fait qu'appliquer à un cas particulier une règle qui est vraie de tous les cas pour lesquels la loi a organisé un certain mode de publicité, lorsqu'il dit : « Le défaut de transcription ne pourra être suppléé « ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les « tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies « que celle de la transcription. » D'ailleurs, notre art. 46 renvoie positivement au dernier alinéa de l'art. 42, lequel déclare nulle à l'égard des intéressés la société qui n'aurait pas été publiée conformément à la loi : le sens naturel du renvoi est que la dissolution qui n'est pas publiée conformément à la loi est nulle à l'égard des intéressés. Voy., du reste, ci-dessus, p. 189 et suiv.

Quant à la jurisprudence, elle n'offre pas, sur la question qui nous occupe, des décisions bien concordantes. Voici d'abord un arrêt de la Cour de Dijon, du 14 décembre 1839, où les principes sont appliqués avec une exactitude parfaite : « Considérant que, si la société qui existait entre A. R. et B. a dû « se dissoudre par le décès de R., il est constant que cette cause de dissolu- « tion n'a point été rendue publique par les voies légales, et qu'en consé- « quence la société doit être considérée comme continuant de subsister à « l'égard des tiers; qu'ainsi, les sieurs C. se présentant comme créanciers, « on ne peut leur opposer, comme fins de non-recevoir à provoquer la « déclaration de faillite de ladite société, ou comme y étant mal fondés, « que leurs négociations sont postérieures au décès d'A. R.; — Considérant « que, la société B. et R. ne devant point, d'après les motifs qui précèdent, « être envisagée comme dissoute à l'égard des tiers, ce n'est pas le cas d'ap- « pliquer la disposition de la loi qui veut que la déclaration de faillite soit « faite dans l'année du décès du failli.... » (Dev.-Car., 43, 1, 881).

Peu de temps après, le 27 juillet 1841, la Cour de Grenoble consacre la même doctrine, en ces termes : « Attendu que la dissolution, bien qu'ar- « rivée par décès, aurait dû être rendue publique, aux termes de l'art. 46 du « Code de commerce, et que le défaut de cette publicité doit, à l'égard des « tiers, faire considérer la société comme ayant continué à subsister jus- « qu'à ce jour; — Attendu que cette société, ayant suspendu ses paiements, « se trouve en état de faillite... » (Dev.-Car., 41, 1, 763).

Ces deux arrêts ayant été soumis à la Cour de cassation, la Chambre civile a rendu, sur le premier un arrêt de rejet (26 juillet 1843), sur le

au même moment. Il faudrait donc, ou les rendre victimes de leur bonne foi, ou admettre la preuve testimoniale, et c'est là précisément ce que la loi n'a pas voulu. Je crois donc qu'il n'y a de distinction admissible que celle que j'ai indiquée en commençant, savoir la distinction entre le cas où la cause de dissolution a été d'avance indiquée dans l'extrait, et celui où elle ne l'a pas été (1).

deuxième un arrêt de cassation (10 juillet 1844). La Cour de cassation s'est-elle donc contredite elle-même, à moins d'une année de distance? On a cherché à concilier ces deux décisions, en faisant remarquer que la première est fondée sur une circonstance de fait, sur cette circonstance que, nonobstant le décès d'un associé, *l'établissement avait continué de marcher dans l'intérêt des associés ou de leurs représentants*, — tandis que la deuxième est fondée, *en pur droit*, sur ce que, « en appliquant l'art. 46 à la mort « naturelle d'un associé, l'arrêt attaqué lui a donné une extension qu'il n'a « pas, et a refusé à la mort naturelle l'effet que lui attribue la loi. » Si c'est là une sentence rendue *en pur droit*, comme le dit la Cour elle-même, il faut convenir tout au moins qu'elle tranche la question, mais sans la résoudre.

Je citerai encore ici un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 3 mars 1856, d'après lequel l'art. 46 n'est pas applicable au cas où la dissolution a lieu par l'effet d'une décision judiciaire. Suivant la Cour de Bordeaux, « la publication exigée par la loi cesse d'être une garantie nécessaire, lorsque la dissolution est prononcée, non d'après une convention formée par la seule volonté des parties et qui reste occulte, mais en exécution d'un jugement; ce jugement porte avec lui sa publicité; il ne dépendait pas des associés d'en cacher l'existence, comme il dépend d'eux de tenir secret l'acte émané d'eux seuls et auquel eux seuls ont concouru, etc. » (Dev.-Car., 57, 2, 126). — Dans ce système, j'ai peine à comprendre pourquoi le législateur exige que le droit de propriété ou d'hypothèque acquis par l'effet d'un jugement ou d'un acte judiciaire soit rendu public au moyen d'une transcription ou d'une inscription, absolument comme celui qui résulte de la convention des parties.

(1) Suivant M. Troplong, « l'obligation de publier et enregistrer la dissolution n'est imposée par l'art. 46 que pour les sociétés dont la durée a été fixée par le contrat pour un temps que les parties veulent abréger; mais rien de pareil ne gouverne les sociétés d'une durée illimitée » (t. II, n° 910). Cette doctrine, que confirme jusqu'à un certain point le texte de l'art. 46, me paraît impossible à justifier en raison et tout à fait contraire à l'esprit de la loi. Ne serait-il pas choquant que le tiers qui a traité avec la société au moment où l'un des associés venait de signifier aux autres sa renonciation, pût se voir opposer une dissolution qu'il n'avait aucune raison de soupçonner? La loi qui admettrait ce résultat serait souveraine-

J'ai une dernière question à examiner, question qui a paru assez grave pour être portée devant la Cour de cassation. Quand une société n'aura pas été rendue publique au moment de sa formation, faudra-t-il publier la cause qui la dissoudra ?

On a soutenu la négative devant la Cour de cassation, et l'on se fondait sur ce raisonnement : « La société n'ayant pas été, dès le principe, rendue publique, pourquoi annoncer publiquement sa dissolution? C'est un simple fait, en quelque sorte, qui doit cesser comme il a commencé. »

Mais c'était mal raisonner : car, quoique non publiée, la société n'en existait pas moins à l'égard des tiers, puisque les associés ne pouvaient se prévaloir contre eux du défaut de publication. Dès lors, quand la dissolution n'a pas été publiée, il en est de cette dissolution comme de la formation de la société, en ce sens que les tiers peuvent bien tenir la société pour dissoute si bon leur semble, mais peuvent aussi la considérer comme subsistant toujours à leur égard. Les associés ne peuvent se prévaloir d'une première contravention à la loi pour en justifier une seconde. Aussi est-ce en ce sens que la question a été jugée par la Cour de cassation (1), et je ne crois pas qu'on soit tenté de la

ment illogique. — Toujours en m'attachant à l'esprit de la loi, je décide que, s'il a été convenu dans l'acte de société que l'arrivée de tel événement entraînerait dissolution, la dissolution qui survient par l'arrivée de cette condition résolutoire doit être portée à la connaissance du public, conformément à notre art. 46. Comme le dit très-bien M. Pardessus (n° 1088), « la circonstance qu'on aurait annoncé cette possibilité de dissolution dans l'extrait affiché de l'acte social n'empêcherait pas que l'acte de dissolution fait par suite de cet événement ne dût être rendu public. »

(1) Arrêt du 9 juillet 1833 : « Attendu que la relation de l'art. 46 à « l'art. 42 ne suffit pas pour donner un sens restrictif à l'art. 46 : en effet, « de ce que l'art. 46 est applicable aux sociétés publiées en exécution de « l'art. 42 il n'est pas permis de conclure que cet article ne doit pas aussi « être appliqué aux sociétés non publiées; ce serait autoriser les associés, « déjà coupables de l'inexécution de l'art. 42, à induire encore les tiers en « erreur en n'exécutant pas l'art. 46; — Attendu que, l'art. 46 imposant « littéralement la publicité prescrite pour les sociétés par les art. 42, 43 et « 44 à tous actes portant dissolution de la société avant le terme fixé pour « sa durée par l'acte qui l'établit, ces termes sont généraux et absolus, de

soulever de nouveau, ou du moins qu'on puisse le faire avec succès : car, indépendamment des principes que j'ai indiqués, le texte de la loi est assez clair : l'art. 46 ne distingue pas entre le cas où la société a été et celui où elle n'a pas été publiée, et il assujettit dans tous les cas la dissolution à la nécessité d'une publication (1).

Du reste, la publicité n'est pas requise seulement pour la constitution et la dissolution des sociétés; elle l'est également, et par les mêmes motifs, pour toutes les modifications qui peuvent être faites à leur constitution première. Ces modifications affectent le contrat qui s'est formé, par la publication de l'extrait, entre la société et les tiers; de pareils changements doivent être publiés comme le contrat primitif lui-même l'a été.

Ainsi, tous changements à la raison sociale doivent être rendus publics, — sans quoi les engagements contractés sous l'ancienne raison sociale seraient valables à l'égard des tiers, et les

« même que les termes de l'art. 42; ils s'appliquent à toute société en nom « collectif, publiée ou non; ils ne permettent aucune restriction, aucune « exception; — Attendu qu'il a été prouvé que, le 15 mars 1827, le sieur « G. contracta une société de commerce avec A. et M. T. pour quatre ans, « c'est-à-dire jusqu'au 15 mars 1831; d'où il résulte que, les trois billets « qui font l'objet du procès ayant été négociés au mois d'avril 1829, la « Cour royale en a justement conclu, en fait et en droit, que c'était une « dette sociale, et qu'en rejetant l'offre de G. de prouver une dissolution « antérieure de la société, faite sans publicité comme la société avait elle-« même été contractée, la Cour royale de Lyon, loin de violer l'art. 46 « du Code de commerce, en a, au contraire, fait une juste application » (Sir., 33, 1, 538). — La Cour de cassation a de nouveau consacré cette doctrine par son arrêt du 29 janvier 1838.

Voy. aussi, en ce sens, M. Bédarride (t. II, n° 421).

(1) La Cour de cassation a, du reste, admis un tempérament raisonnable à cette doctrine. Par son arrêt du 13 mars 1854, elle a jugé « que les tiers ne sauraient se prévaloir du défaut de publication de l'acte de dissolution (il y avait eu, dans l'espèce, interdiction de l'un des associés) et de la continuation présumée de la société, ou contester les effets de la liquidation, qu'à la condition de prouver avoir connu, en fait, l'existence de la société, et avoir entendu contracter avec elle ou à cause d'elle dans l'ignorance de sa dissolution et de sa liquidation » (Dev.-Car., 54, 1, 377).

engagements contractés sous la nouvelle le seraient aussi, car les associés ne peuvent se prévaloir du défaut de publicité. Il en sera de même de la retraite d'un des associés : par exemple, lorsqu'il aura été convenu que, si tel ou tel événement arrive, l'un des associés pourra se retirer de la société, sa retraite devra être publiée, — sans quoi il sera censé, à l'égard des tiers, n'avoir pas cessé de faire partie de la société. Il en est de même encore d'un cas qui a beaucoup d'affinité avec celui de retraite : c'est le cas où il a été convenu que, si l'un des associés venait à décéder, la société n'en continuerait pas moins entre les survivants. Il faudra annoncer ce décès, qui ne dissout pas la société, mais en fait sortir un associé.

Aux cas que je viens de citer, il faut en ajouter deux autres, savoir : 1° celui où il s'opère un changement d'associés par la substitution d'un tiers à l'un des associés dont il prend le lieu et place, ce qui ne peut se faire dans les sociétés de personnes que du consentement unanime des associés, — tandis que dans les sociétés de choses, d'actions, la substitution qui s'opère par la cession d'une action, la substitution du cessionnaire au cédant, n'affecte en rien l'existence de la société, ne change en rien ses éléments constitutifs, et n'a pas besoin d'être publiée. 2° Un dernier cas compris dans la disposition de l'art. 46, c'est celui d'accession d'un tiers à la société, lorsque les associés conviennent d'admettre une nouvelle personne dans la société, et que le nombre des associés se trouve ainsi augmenté. Le défaut de publication n'empêcherait pas que le nouvel associé ne fût obligé envers les tiers; mais ils pourraient, s'ils y avaient intérêt, ne pas lui reconnaître la qualité d'associé (1).

(1) Voici encore deux cas dans lesquels s'appliquerait le principe posé par l'art. 46 :

1° Ce n'est pas le nombre des associés qui a été augmenté, mais c'est le nombre des gérants. Le tribunal de commerce de la Seine avait jugé que la nomination d'un cogérant n'a pas besoin d'être publiée, toutes les fois qu'elle était prévue et autorisée par l'acte même de société. Mais la Cour de Paris, le 23 juillet 1857, a infirmé ce jugement par un arrêt dont voici le texte : « Considérant que l'intimé prétend à tort qu'il a été suffisamment

Il y a cependant une inexactitude de rédaction dans l'art. 46 : il ne faut pas le prendre à la lettre. Il parle de *toutes nouvelles*

« satisfait aux dispositions de la loi par la publication régulière de l'art. 19 « de l'acte de société, énonçant : *Les gérants auront le droit, quand ils le ju-* « *geront nécessaire et convenable, de s'adjoindre un cogérant, qu'ils choisiront* « *eux-mêmes. Ce troisième gérant aura, collectivement avec les deux pre-* « *miers, la signature sociale et les mêmes pouvoirs que MM. B. et H. et sera* « *soumis aux mêmes obligations. Cette adjonction d'un troisième gérant* « *n'apportera, du reste, aucune modification aux statuts de la société ;* — « Qu'en effet l'art. 43 du Code de commerce exige que l'extrait publié con- « tienne les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que « les actionnaires ou commanditaires, ainsi que la désignation de ceux des « associés autorisés à gérer, à administrer et à signer pour la société ; et « que la publication dont se prévaut l'intimé, suffisante pour faire con- « naître au public le droit que les gérants se réservaient de s'adjoindre un « troisième gérant, ne l'était pas pour lui donner la désignation des nom, « prénoms, qualité et demeure du nouveau gérant... » (Dev.-Car., 59, 2, 95). — Cette décision doit être rapprochée de celles que j'ai données plus haut, p. 423, note 1 : toutes trois sont conçues dans le même esprit.

2° L'art. 46 veut que l'on publie *tout changement ou retraite d'associés ;* de cette disposition, combinée avec l'art. 43, il ressort manifestement que, toutes les fois que le gérant désigné dans l'extrait cesse ses fonctions, il doit en être donné connaissance au public. Ainsi, la jurisprudence admet (Voy., ci-dessus, p 228 et suiv.) qu'il peut être valablement convenu, dans la société en commandite par actions, que l'assemblée générale des actionnaires aura le droit de révoquer le gérant : la révocation prononcée en exécution de cette clause devra être rendue publique. On a même jugé que, l'acte de société étant muet sur la question de révocation du gérant, mais permettant à l'assemblée générale de modifier les statuts, il peut être convenu, au cours de la société, que l'assemblée générale aura le droit de révoquer le gérant : alors on devrait publier, non pas seulement l'acte de l'assemblée qui révoque effectivement le gérant, mais même l'acte de l'assemblée qui porte qu'il sera révocable : il y a là évidemment modification des statuts qui ont été publiés à l'origine. C'est aussi ce qu'a décidé la Cour de Paris, par son arrêt du 5 juillet 1859 (déjà cité, *supra*, p. 312, note 1) ; le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des requêtes, le 9 mai 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 621). — Ce qui vient d'être dit au sujet de la révocation est également vrai de la démission du gérant. Nous supposons que, dans une société en commandite, il a été convenu que le gérant pourra donner sa démission et qu'alors ce sera à l'assemblée générale à lui nommer un successeur. La démission ainsi donnée par le gérant et acceptée par l'assemblée générale doit évidemment être publiée. A défaut de publication, d'une part, les tiers qui traiteraient avec l'ex-gérant auraient la société pour obligée ; d'autre part, cet ex-gé-

stipulations ou clauses, expression trop générale : car évidemment la publication n'est requise que pour les nouvelles clauses ou stipulations se référant à des clauses ou stipulations soumises à la nécessité d'une publication. Sans aucun doute, il ne faudrait pas étendre la nécessité de cette publication à des changements faits, à des modifications introduites dans des clauses pour lesquelles la publication n'était pas requise. Telle serait notamment la clause réglant la part de chacun des associés dans les bénéfices (1), fixant les époques où seront faits les inventaires : les modifications à ces clauses ne sont, pas plus que ces clauses elles-mêmes, sujettes à la publicité, car elles n'intéressent en aucune façon les tiers. La rédaction de l'art. 46 est donc un peu trop générale, puisque cet article, dans ses termes, soumet à la publication *toutes nouvelles stipulations ou clauses*, et que la règle ne doit s'entendre que des nouvelles stipulations ou clauses relatives à des dispositions qui étaient elles-mêmes assujetties à la publicité (2).

rant serait tenu envers les tiers des dettes sociales contractées même depuis sa démission. La publication ayant eu lieu, l'ex-gérant est-il donc sûrement à l'abri de toute poursuite de la part des créanciers qui ont traité avec la société depuis que la démission a été dûment publiée? Ici il y a une distinction à faire : oui, l'ex-gérant est à l'abri si, en même temps que ses fonctions de gérant, il a abdiqué sa qualité d'associé en nom; que si, au contraire, il a conservé son intérêt dans la société, il reste solidairement responsable même des dettes sociales qui seront contractées dans l'avenir. Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation du 1er juillet 1841 et comparez-le avec un arrêt de la même Cour du 12 janvier 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 193).

(1) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, du 21 février 1832 : « Attendu, dit la Cour, que, si l'art. 43 du Code de commerce n'o-« blige pas et, par conséquent, dispense d'insérer dans l'extrait dont il « parle la manière d'après laquelle les associés doivent partager les béné-« fices et supporter les pertes, il n'a pu soumettre aux formalités de la « transcription, de l'affiche et de l'insertion un acte additionnel dans le-« quel il ne s'agit que de la part de chacun des associés dans les bénéfices « et dans les pertes, ce qui ne touche en rien aux intérêts des tiers; — At-« tendu qu'il n'existe dans la loi aucun motif de penser que l'art. 46 ait « voulu prescrire ce dont on est dispensé par l'art. 43... » (Sir., 32, 1, 544).

(2) Je ferai une dernière remarque sur l'art. 46. Cet article renvoyant à

Liquidation des sociétés.

Qu'est-ce que la *liquidation*? C'est une opération qui a pour but de reconnaître et de constater le montant exact de l'actif et du passif; de vérifier l'actif, et, s'il excède le passif, de le partager entre les divers intéressés; enfin, de faire tous les actes nécessaires pour atteindre ce double but. Voilà un aperçu de la liquidation considérée en elle-même.

Comment seront nommés les liquidateurs? La liquidation est un complément de l'acte de société, qui participe à la nature de ce contrat, en ce sens que les liquidateurs doivent être nommés d'un commun accord entre tous les associés. Tel est le principe. La nomination pourra se faire par l'acte de société, ou par un acte postérieur; mais il y a un double avantage à la faire par l'acte de société :

1° A ce moment, où il règne entre les associés la meilleure intelligence, l'harmonie la plus complète, l'accord sur le choix des liquidateurs sera facile, — tandis que, si l'on attend la dissolution de la société, il sera fort difficile, surtout lorsque la société n'aura pas prospéré : car alors les associés seront assez disposés à récriminer les uns contre les autres, à s'attribuer réciproquement l'insuccès des opérations sociales.

2° La nomination des liquidateurs par l'acte de société offre un autre avantage : les liquidateurs ainsi nommés pourront entrer en fonctions immédiatement après la dissolution de la

l'art. 42, il faut en conclure que le dépôt au greffe et l'insertion dans un ou plusieurs journaux doivent avoir lieu *dans la quinzaine* à dater du jour où s'est produit le fait qui doit être publié, et que l'exemplaire du journal devra être enregistré dans les trois mois de sa date. Le délai une fois expiré, on pourra bien se conformer encore au vœu de la loi; mais alors l'accomplissement tardif de la formalité vaudra sans rétroactivité, la dissolution ou la modification n'aura effet qu'à dater de cet accomplissement. Voy., ci-dessus, p. 190, note 3, et p. 193, note 1. Voy. aussi un arrêt de la Cour de cassation, du 6 juin 1831 (M. Delangle le rapporte, à son n° 538).

société, le jour même ou le lendemain du jour où cette dissolution aura lieu. Il n'y aura donc pas d'intervalle, de solution de continuité, entre la gestion des gérants, dont les pouvoirs cessent par la dissolution, et celle des liquidateurs, — tandis que, si pour les nommer on attend la dissolution de la société, pendant les délais, quelquefois assez longs, qu'entraînera leur nomination, il n'y aura pas d'administrateurs en titre de la chose, du fonds commun : ou bien il faudra recourir à des mesures dispendieuses, telles que l'apposition des scellés, ou bien il faudra que les gérants continuent de fait, comme liquidateurs provisoires, la gestion.

On évitera ces inconvénients en nommant les liquidateurs par l'acte de société. Leur nomination formera alors une des clauses de l'acte de société, et participera de l'irrévocabilité de ce contrat.

Reste à savoir si, quand on aura attendu pour nommer les liquidateurs la dissolution de la société, cette nomination ne pourra se faire qu'à l'unanimité. Les auteurs admettent, en général, l'affirmative (1). Ils appliquent à ce cas, comme au précédent, le principe des contrats, qui sont l'œuvre de la volonté unanime des contractants ; et je crois qu'à cet égard ils font confusion. On est libre, sans doute, de contracter ou de ne pas contracter, de former ou de ne pas former une société, d'en faire ou de n'en pas faire partie; mais, quand une société a existé, a fonctionné pendant un temps plus ou moins long, et qu'elle est dissoute, il y a nécessité de la liquider, et par conséquent de nommer des liquidateurs : dès lors, cette nomination a un caractère de nécessité qui est inconciliable en soi avec l'idée de contrat, elle n'offre pas ce caractère de liberté, de spontanéité, qui préside à tous les contrats et qui est de leur essence. De là on peut déjà conclure que la condition de l'unanimité ne sera pas nécessaire.

(1) Voy. MM. Troplong, t. II, n° 1025; Alauzet, t. Ier, n° 282; Bédarride, t. II, n° 485.

Ajoutons que la condition de l'unanimité sera toujours fort difficile, sinon absolument impossible à obtenir, et cela pour des causes assez insignifiantes en elles-mêmes, telles que la non-comparution d'un des intéressés, ou son dissentiment. Dans ce cas, comment faire ? on ne peut pourtant pas se passer de liquidateurs. Les auteurs décident que la nomination sera faite par la justice ; mais, par cela même, ils désertent le principe des contrats, qui est la base de leur système : car jamais on ne peut faire intervenir la justice dans un contrat, comme suppléant, par sa volonté, à l'absence de celle d'un ou de plusieurs des contractants. Il semble que s'en référer à la justice, en pareil cas, c'est intervertir l'ordre naturel des attributions. Les tribunaux sont institués pour statuer sur des contestations, sur des litiges ; mais dans l'espèce il n'y a rien de semblable : il s'agit tout simplement d'un dissentiment, d'une différence d'opinions, d'une diversité d'appréciations, et le seul juge compétent me paraît être ici la majorité des intéressés.

Voilà comment cette question me paraît devoir être décidée. Mais, en cela, je le répète, mon opinion est contraire à celle des auteurs.

Maintenant, voyons les formalités que le liquidateur, une fois nommé, sera tenu de remplir.

Il devra d'abord faire inventaire. Sans cela il serait exposé, en cas d'insuffisance de l'actif et faute de pouvoir satisfaire aux demandes des créanciers, à se voir condamner personnellement envers eux, parce qu'il serait dans l'impossibilité de justifier de cette insuffisance de l'actif ; et, quand même l'actif serait suffisant pour désintéresser les créanciers, les associés pourraient prétendre qu'il leur revient une part plus forte que celle que le liquidateur veut leur attribuer, parce que l'actif était plus considérable qu'il ne le prétend, et, faute de pouvoir en justifier, il serait exposé à être condamné envers eux.

En second lieu, le liquidateur doit dresser des états de situation, et les communiquer aux intéressés, soit en assemblée géné-

rale, soit en faisant imprimer ces états et en les adressant à chacun des intéressés. Quand ceux-ci seront peu nombreux, le premier mode sera préférable ; quand ils seront très-nombreux, ce sera le second. Quant à ces états en eux-mêmes, c'est une espèce de rapport ou de procès-verbal, constatant les opérations accomplies, les résultats obtenus, ceux qui restent à obtenir, l'époque à laquelle on peut espérer que la liquidation sera terminée, et la quotité approximative de ce qui reviendra à chacun des associés.

Enfin les liquidateurs doivent tenir des registres de liquidation et y inscrire toutes leurs opérations.

Quelles sont les attributions des liquidateurs?

La première est de conserver l'actif, — par conséquent, de faire tous les actes conservatoires, tels que : interruption de prescription, inscription d'hypothèque, renouvellement d'inscription, etc.

La seconde, de régler les comptes de la société avec les associés, — par conséquent, de leur faire la délivrance des objets qu'ils peuvent reprendre en nature et de leur payer les sommes qui peuvent leur être dues, comme aussi d'exiger d'eux le montant de ce qu'ils peuvent devoir à la société. Relativement aux sommes ou choses fongibles qu'ils n'ont mises en société que pour la jouissance, pour l'usufruit (l'usufruit et la jouissance se confondent à cet égard), les associés sont créanciers du capital ou d'une valeur équivalente à celle qu'ils ont apportée (1).

Quels sont les pouvoirs des liquidateurs?

Il y a ici un principe fondamental à poser, une différence essentielle à établir entre les pouvoirs des gérants et ceux des liquidateurs.

Tant que dure la société, les gérants ont le droit d'obliger, non-seulement la société, mais encore tous les associés, — de les

(1) Voy. ci-dessus, p. 157 et 158.

obliger solidairement et pour des sommes dont le chiffre est illimité ; mais, en même temps, ils s'obligent eux-mêmes et comme les autres, puisqu'ils sont nécessairement des associés. Tant que dure la société, elle constitue une personne juridique, dont l'activité est un des attributs essentiels. Au contraire, à partir de la dissolution, la société perd ce caractère de personne et se trouve réduite à un état passif : elle ne forme plus qu'une masse commune. Les liquidateurs représentent cette masse et peuvent l'obliger ; ils ne représentent pas les associés, n'ont pas qualité pour les obliger, et ne s'obligent pas non plus eux-mêmes : car ils n'agissent pas en leur propre nom, mais au nom de la liquidation, comme mandataires des intéressés dans la masse commune. Leur position est donc tout autre que celle des gérants, et leurs pouvoirs sont beaucoup moins étendus. Ils ne s'étendent pas au-delà de la sphère de la liquidation (1).

Cependant il s'élève à cet égard quelques difficultés, que je résoudrai rapidement :

Les liquidateurs peuvent-ils transiger? Non : car ce ne sont que de simples mandataires chargés d'administrer la chose d'autrui ou la chose commune, et on ne peut leur reconnaître un pouvoir aussi exorbitant que celui de transiger. Il n'y a rien de plus dangereux qu'une transaction, qui implique toujours un

(1) « Le liquidateur, dit très-bien M. Bédarride (t. II, n° 486 *in fine*), ne peut plus faire activement le commerce, mais il peut et doit prendre toutes les mesures indispensables pour amener à bonne fin la liquidation dont il est chargé. »

La Cour de Paris me paraît avoir fait une juste application de ce principe, dans son arrêt du 17 mars 1849, où je lis notamment ceci : « Considérant qu'il appartient au liquidateur d'une société commerciale, pour pourvoir aux besoins de la société, de prendre toutes les mesures que comportent les intérêts et les usages du commerce, à moins de restriction spéciale dans les pouvoirs à lui confiés, ce qui ne se présente pas dans la cause ; qu'un liquidateur, ayant le pouvoir de vendre les marchandises pour satisfaire aux dettes, peut également consentir un nantissement desdites marchandises, soit pour se procurer les moyens de préserver la société de poursuites rigoureuses, soit, comme dans l'espèce, pour exécuter une convention stipulée par la société avant sa dissolution..... (Dev.-Car., 49, 2, 289).

sacrifice, l'abandon d'une partie de ses droits, pour conserver plus sûrement l'autre partie, et qui peut servir à dissimuler des avantages indirects, des collusions, à couvrir de fausses apparences l'abandon d'un droit certain (1).

Par la même raison, les liquidateurs ne peuvent pas compromettre : car le compromis n'est au fond qu'une transaction (2).

Je crois même qu'ils ne pourraient pas vendre les immeubles sans une autorisation préalable des intéressés. La vente des immeubles, bien que ce soit un acte de liquidation, est d'une telle importance, et peut se faire à des conditions tellement différentes, qu'elle exige une surveillance spéciale de la part des intéressés, surveillance impossible et vaine s'ils n'étaient pas

(1) Voy., en ce sens, MM. Troplong (t. II, n° 1023), Delangle (t. II, n°s 687 et 688), Bédarride (t. II, n°s 488 et 489). — M. Pardessus (t. III, n° 1074 *bis*) professe la doctrine contraire : « Il semblerait juste, dit-il, que les arrangements, quels qu'ils soient, intervenus entre le liquidateur et les tiers sur des matières qui étaient l'objet de la liquidation, obligeassent les intéressés, dès qu'ils n'excéderaient pas les pouvoirs que des gérants auraient eus à cet égard pendant que la société subsistait. » Il est tout à fait inexact de prendre les pouvoirs du gérant comme étant le type de ceux du liquidateur. Sans doute on peut expressément donner au liquidateur les pouvoirs les plus larges; mais, en l'absence d'une manifestation spéciale de la volonté des parties à cet égard, il est impossible de lui reconnaître les mêmes pouvoirs qu'au gérant. — M. Alauzet (t. I, n° 287) pense aussi que le liquidateur peut transiger. « Il sera prudent cependant, ajoute-t-il, dans l'acte qui nomme le liquidateur, de comprendre expressément un semblable pouvoir, qu'il nous semble d'une bonne administration de lui conférer. »

(2) La Cour de Paris, par son arrêt du 10 août 1809, avait jugé le contraire, non pas d'une manière générale, mais en se fondant sur ce que, « quand le « liquidateur a commencé par être gérant, ses pouvoirs reçoivent de cette « circonstance un accroissement marqué. » Cette décision a été cassée, le 15 janvier 1812 : « Attendu, dit très-bien la Cour de cassation, que le li- « quidateur d'une société dissoute ne peut être considéré, et n'est, en effet, « que le simple mandataire des anciens membres de cette société, que sa « qualité préexistante d'associé gérant et les pouvoirs, quels qu'ils pussent « être, qui étaient attachés à cette qualité n'ont pu avoir et n'ont eu que la « durée de l'acte social duquel ils dérivaient; qu'ils ont nécessairement « cessé avec la société, et que le nouvel acte qui a conféré au même indi- « vidu la qualité de liquidateur ne lui a conféré qu'un nouveau mandat et un « mandat ordinaire ; — D'où il suit que la Cour d'appel de Paris a formel- « lement violé l'art. 1989 du Code civil... » (Sir., 12, 1, 121).

appelés à donner leur autorisation. Nous voyons que, dans le cas de faillite, l'autorisation du juge-commissaire est nécessaire pour la vente des immeubles (1), quoiqu'on ne puisse se dispenser de les vendre ; à plus forte raison, le liquidateur doit-il obtenir l'autorisation des intéressés (car il n'y a pas ici de juge-commissaire), puisqu'il dépend d'eux de conserver les immeubles, s'ils croient y trouver leur avantage, en s'entendant pour payer les créanciers (2).

— Je passe aux rapports des liquidateurs avec les tiers, et spécialement avec les créanciers sociaux (3).

(1) Voy. les art. 534 et 572 du nouveau Code de commerce.

(2) Voy., en ce sens, MM. Pardessus (t. II, n° 1074 *bis*, *in fine*), Delangle (t. II, n° 691), Bédarride (t. II, n° 497); en sens contraire, MM. Troplong (t. II, n° 1018), et Alauzet (t. I, n° 287).

Tout en admettant que le liquidateur ne peut pas vendre les immeubles sans un mandat spécial, il faut reconnaître qu'un pareil mandat donné au gérant avant la dissolution de la société pourrait très-bien être considéré comme n'ayant point été révoqué par cela seul que, la société dissoute, le gérant est devenu liquidateur : en d'autres termes, le pouvoir d'aliéner les immeubles, que n'impliquait pas la qualité de gérant et qui avait été l'objet d'une convention spéciale, peut très-bien, d'après l'intention des parties, survivre à la perte de cette qualité dont il est indépendant. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 3 août 1819 (arrêt de cassation, rapporté par M. Delangle, à son n° 692).

Si nous refusons au liquidateur le pouvoir d'aliéner les immeubles, nous devons lui refuser aussi le pouvoir de les hypothéquer (Code Napoléon, art. 2124). M. Troplong lui-même, qui pense que le liquidateur peut aliéner, décide qu'il n'a pas le droit d'hypothéquer (t. II, n° 1022). La Cour de cassation, arrêt du 2 juin 1836, a également reconnu que l'hypothèque n'est pas virtuellement comprise dans les pouvoirs du liquidateur.

(3) Je crois devoir rappeler, avant tout, que les liquidateurs sont mandataires de la société et non des créanciers sociaux. La Cour de Lyon, dans son arrêt du 27 mai 1859, en a conclu que le liquidateur n'a pas qualité pour invoquer contre des commanditaires les art. 27 et 28 du Code de commerce. Cette décision se rattache à l'idée que lesdits articles sont exclusivement dans l'intérêt des tiers, et non dans l'intérêt des associés. C'est une idée qui me semble arbitraire et que j'ai combattue (Voy. ci-dessus, p. 249, note). Je crois donc, tout en admettant sans difficulté que les liquidateurs représentent la société et non les tiers, qu'ils pourront, suivant les cas, considérer un commanditaire comme ayant perdu cette qualité et le faire con-

Les liquidateurs représentent le fonds commun, cette masse qui constituait l'actif de la société, et qui doit servir à acquitter son passif. Ils peuvent donc faire rentrer ce qui est dû à la société, exercer les actions nécessaires à cet effet (1), et employer l'actif à payer ses dettes (2).

Ainsi, les liquidateurs ont qualité pour intenter les actions qui appartiennent à la société dissoute, et pour répondre à celles qui peuvent être dirigées contre elle. Mais ils ne représentent pas la personne des associés, et ne peuvent ni exercer les actions des associés ni répondre aux actions dirigées contre eux. De là plusieurs conséquences :

1° Les créanciers sociaux conservent le droit qui leur est

damner en conséquence de même qu'un associé en nom : les liquidateurs, en effet, doivent pourvoir au règlement des rapports entre les associés. Comme le dit très-bien M. Troplong (t. II, n° 1020), « dans le partage d'une succession, c'est devant un notaire que l'on procède à la composition de la masse, à la composition des lots, aux rapports et fournissements ; le liquidateur dispense de la présence de cet officier. » Voy. aussi M. Bédarride, t. II, nos 500 et suiv.

(1) Non-seulement le liquidateur peut poursuivre les débiteurs de la société ; mais lui seul, et non plus le directeur de la société, a qualité pour exercer ces poursuites. Ainsi jugé par la Cour de cassation (Chambre civile), le 19 novembre 1849. « ... Attendu, porte l'arrêt, que le mandat pour liquider emporte essentiellement le pouvoir de faire et de poursuivre le recouvrement de l'actif, sauf la faculté de déléguer ce pouvoir ; qu'il suit de ce principe que, dans l'espèce, le soin du recouvrement des cotisations appartenait au conseil d'administration, et non plus au directeur, qui, il est vrai, avait été chargé d'exécuter, pendant l'existence de l'association, les opérations de celle-ci et de recouvrer les cotisations annuelles dues par les sociétaires, mais qui, par le seul fait de l'ordonnance de révocation, avait perdu qualité pour représenter désormais la société et, par conséquent, pour continuer à soutenir en justice la demande qu'il y avait portée précédemment... » (Dev.-Car., 50, 1, 31).

(2) Il est bien entendu que le liquidateur ne pourrait pas employer l'actif social à payer ses dettes personnelles : nous n'avons plus ici les raisons qui peuvent faire décider le contraire quand il s'agit de l'administrateur ou du gérant d'une société en exercice (Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1851, déjà cité ci-dessus, p. 205, note). En conséquence, la Cour suprême a jugé, par un arrêt du 10 novembre 1858, que le créancier qui a connu l'origine des deniers à lui remis par le liquidateur, son débiteur, peut être contraint à les restituer (Dev.-Car., 59, 1, 174).

acquis de se faire payer sur le fonds social, de préférence à tous les créanciers particuliers des associés.

2° Si un créancier veut faire des poursuites en expropriation sur un immeuble compris dans le fonds social (qui n'est plus qu'un fonds commun), il devra diriger ses poursuites contre le liquidateur (1). Au contraire, s'il veut faire saisir et vendre un immeuble appartenant à l'un des associés, c'est contre cet associé personnellement qu'il devra intenter son action (2).

(1) La Cour de cassation a jugé (arrêt de la Chambre des requêtes, du 12 mai 1852) qu'après la dissolution dûment publiée d'une société en commandite, l'expropriation d'un immeuble de la société qui avait été hypothéqué par l'associé gérant doit être poursuivie contre cet associé gérant et non contre les liquidateurs. « Considérant, dit la Cour, que M. était associé « gérant de la société M. et Cie, et, comme tel, propriétaire de l'immeuble « dont l'expropriation était poursuivie; — Que la dissolution de la société, « même prononcée régulièrement, n'a pu avoir pour effet de lui enlever « cette qualité de propriétaire; que, dès lors, c'était contre lui seul que les « poursuites en expropriation pouvaient être dirigées; — Que la nomina- « tion des liquidateurs n'a pas eu le caractère d'un acte translatif de pro- « priété; qu'elle a seulement donné aux liquidateurs nommés le droit de « gérer les intérêts de la société, au nom et comme mandataires de l'ancien « gérant » (Dev.-Car., 52, 1, 433). Cette doctrine est absolument inadmissible. La propriété des choses sociales n'appartient point au gérant; elle appartient à l'être moral *société*, lequel est représenté durant la société par le gérant et après la dissolution par les liquidateurs.

(2) J'ai admis, avec MM. Delamarre et Lepoitvin (Voy. ci-dessus, p. 210, note 2), qu'on ne peut contraindre les associés, par saisie de leurs personnes ou de leurs biens personnels, qu'après épuisement de l'avoir social. Tout au moins faudrait-il admettre que le créancier doit commencer par faire constater la dette sociale contradictoirement avec le représentant de la société pour pouvoir exercer des poursuites à l'encontre des différents associés. Et la jurisprudence est effectivement en ce sens. Je lis dans un arrêt de la Cour d'Alger, du 8 avril 1856, « qu'il faut recon- « naître que, toutes les fois que des gérants ou des liquidateurs existent, les « associés ne peuvent être poursuivis individuellement par suite d'enga- « gements, même solidaires, contractés par la société, qu'après que l'être « moral qui constitue la société a été condamné dans la personne de ses « représentants légaux à exécuter l'obligation. » Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre civile, le 14 août 1858 (Dev.-Car., 59, 1, 332). Nous dirons donc que le créancier social, soit qu'il veuille saisir l'immeuble de la société, soit qu'il veuille saisir l'immeuble personnel d'un associé, doit toujours s'attaquer au liquidateur; seulement, dans la deuxième hypothèse, il aura de plus des poursuites à exercer contre l'associé.

3° Pareillement, si un créancier social, dont la créance est sur le point d'être éteinte par prescription, veut faire un acte interruptif de prescription, il faudra distinguer : pour conserver son action contre la société, il devra agir contre le liquidateur; pour la conserver contre un associé, c'est contre cet associé lui-même qu'il devra agir, et, pour la conserver contre tous les associés, il devra agir contre eux tous.

Il importe donc beaucoup aux créanciers de ne pas se méprendre à cet égard. En effet, s'ils s'étaient contentés d'agir contre le liquidateur, ils conserveraient bien le droit de se faire payer sur le fonds social; mais leurs créances seraient prescrites à l'égard des associés, et ils auraient perdu le droit de se faire payer sur les biens de ceux-ci, parce que le liquidateur ne les représente pas. De même, si le créancier avait agi contre un seul des associés, il aurait bien conservé ses droits contre cet associé, — mais non contre les autres, car cet associé ne les représente pas; — ni sur le fonds social, car cet associé ne représente pas non plus le fonds social (1).

Donc, s'il veut conserver la plénitude de ses droits et actions, le créancier devra agir tout à la fois contre le liquidateur et contre tous les associés, — tandis que, quand la société subsiste, il lui suffit d'agir contre le gérant, qui, en cette qualité, a pouvoir d'obliger la société et tous les associés. C'est ce qui résulte du principe que j'ai posé et des termes mêmes de l'art. 64 (2).

(1) D'après ce qui a été dit à la note précédente, le créancier qui commencerait par poursuivre l'un des associés devrait être déclaré non recevable : par conséquent, il n'interromprait la prescription contre personne. Que s'il poursuit le liquidateur, M. Bravard estime que la prescription ne sera pas interrompue contre les associés. Dans ce système, les associés seraient tenus, avec la société, *in solidum*, mais non solidairement (sur cette distinction, voy. MM. Aubry et Rau, t. III, p. 15 de la 3e édition) : c'est ainsi qu'en matière de lettres de change, les poursuites que le porteur non payé exerce contre l'un des endosseurs n'interrompent point la prescription vis-à-vis des autres. La loi a-t-elle réellement voulu établir cette obligation *in solidum* en matière de société? Je conserve quelques doutes à cet égard.

(2) En effet, d'après l'art. 64, l'action contre l'associé dure cinq ans, tan-

— Envisageons maintenant à un autre point de vue le même principe. La société, une fois dissoute, ayant perdu son caractère de personne, pour l'avenir, pour les actes qui suivent sa dissolution, conserve néanmoins ce caractère pour les actes antérieurs, pour le passé. Les droits acquis sont maintenus dans toute leur étendue et avec toute leur efficacité.

D'après cela, supposons que la société a été dissoute par le décès d'un des associés, et que cet associé a laissé des héritiers mineurs, qui succèdent à l'intérêt que leur auteur avait dans la société dissoute, qui recueillent ses droits. Cette circonstance fera-t-elle que les créanciers sociaux ne pourront poursuivre la vente des immeubles compris dans l'actif social, qu'en remplissant les formalités requises pour la vente des biens de mineurs, attendu que des mineurs sont copropriétaires par indivis du fonds qui formait le patrimoine de la société? Non, sans doute : car le principe de la personnalité subsiste, quant aux droits acquis au jour de sa dissolution. C'est toujours la société qui est censée propriétaire de ce qui lui appartenait, et les créanciers n'ont pas d'autres formalités à remplir que si elle n'était pas dissoute. Par la même raison qu'ils conservent leur droit spécial et exclusif de gage sur le fonds social comme si la société subsistait (1), ils conservent le droit de le réaliser de la même manière. En un mot, leur droit est protégé par le principe de la personnalité, et quant au fond et quant à la forme : on ne peut ici séparer la forme du fond (2).

dis que l'action contre le liquidateur reste fixée à trente ans : là où existe une telle différence quant à la durée des actions, peut-on croire qu'il y ait solidarité proprement dite, peut-on croire que l'interruption pratiquée contre le liquidateur ait effet contre chacun des associés? La doctrine de M. Bravard est également celle de M. Troplong (t. II, n° 1050) et de M. Bédarride (t. II, nos 684 et 685).

(1) Voy. ci-dessus, p. 436, 1°.

(2) Comme le dit M. Troplong, « on prolonge la fiction de la personne civile : on suppose que c'est plutôt la société qui possède, que les associés» (t. II, n° 1005). — « Mort à toute idée de spéculation nouvelle, dit également M. Bédarride, l'être moral survit pour les besoins de la liquidation » (t. II, n° 480).

Au contraire, si, dans cette espèce, un créancier social voulait faire vendre un immeuble compris dans la succession de l'associé qui est mort laissant des héritiers mineurs, il serait tenu de se conformer à toutes les dispositions relatives à la vente des biens des mineurs, car ce seraient alors des biens de mineurs qu'il voudrait faire vendre (1).

Ce n'est là, on le voit, qu'une nouvelle application du principe posé.

J'arrive au point le plus important et le plus controversé, à la prescription de cinq ans admise par l'art. 64, prescription dont l'existence et les effets se rattachent au même ordre d'idées qui vient d'être étudié.

Comme nous le savons, dans les sociétés commerciales, quand elles sont de personnes, tous les associés sont solidairement responsables des dettes sociales. Si cette responsabilité exorbitante n'avait pas été limitée à une durée moins longue que celle de trente ans, il n'y aurait point eu de sécurité pour les associés, puisque, par cela seul qu'ils auraient fait partie d'une société commerciale, ils auraient pu être, pendant trente ans, c'est-à-dire pendant une durée probablement aussi longue et plus longue que celle de leur vie, poursuivis en paiement des dettes sociales,

(1) Il semblerait, à la lecture de ces deux alinéas, que le créancier qui veut saisir l'immeuble de son débiteur est assujetti à beaucoup de formalités particulières lorsque le débiteur qu'il s'agit d'exproprier est un mineur. Il n'en est rien. Le Titre du Code de procédure qui traite *de la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs* (art. 953 à 965) suppose une vente consentie et non une vente sur saisie; et les nombreux articles contenus dans le Titre *De la saisie immobilière* (art. 673 à 717) s'appliquent, en général, aussi bien quand le saisi est mineur que quand il est majeur. — L'intérêt de la distinction que fait M. Bravard me paraît se réduire à ceci : le créancier de la société ne pourra saisir l'immeuble personnel du mineur qu'après avoir discuté son mobilier (Code Nap., art. 2206), tandis qu'il peut procéder *de plano* à la saisie de l'immeuble qui fait partie de l'actif social. Du reste, l'art. 2207 mènerait à ce résultat, lors même qu'on admettrait que l'être moral s'évanouit complétement, une fois la société dissoute, et qu'il y a simplement copropriété.

sur des biens qu'ils n'ont pas mis en société, qui leur appartiennent en propre, alors même qu'ils les auraient acquis depuis la dissolution de la société.

Il fallait donc, en raison de ce qu'il y a là d'exorbitant, accorder aux associés, en ce qui concerne leurs biens personnels, le bénéfice d'une prescription assez courte, à partir de la dissolution de la société. Tel est l'objet de l'art. 64 (1).

L'art. 64, comme on voit, ne peut pas s'appliquer aux sociétés civiles : ce sont des sociétés où la solidarité n'existe pas, où la responsabilité même ne s'étend pas à la personne des associés, puisque l'administrateur n'a pas en cette qualité le droit de les obliger envers les tiers, qu'il ne le peut qu'en vertu d'un mandat spécial, — des sociétés, par conséquent, où la responsabilité des engagements sociaux ne pèse que sur le fonds social. Cette courte prescription est donc étrangère aux sociétés civiles.

Il faut également admettre, quoique cela soit contesté, que

(1) Nous voyons que cet art. 64 fut l'objet d'une vive discussion au Conseil d'État. Plusieurs membres, notamment MM. Treilhard et Bigot de Préameneu, en demandèrent le rejet avec insistance. « Il ne doit pas être permis au débiteur, disaient-ils, de changer ainsi à son gré la condition de celui envers qui il est engagé... Il conviendrait, du moins, de faire courir la prescription, non plus du jour où la société est dissoute, mais du jour où la liquidation est terminée. » Mais on leur répondait, avec raison : « La disposition n'est pas injuste : car il ne tient qu'aux créanciers d'interrompre la prescription. D'ailleurs, le temps qu'on leur accorde est assez long. Avertis par des affiches de la dissolution de la société, ils ne peuvent pas ignorer qu'on procède à la liquidation... On pourrait ne faire courir le délai que du jour où la liquidation est terminée, s'il existait un moyen de discerner ce moment; mais on n'a pas ce moyen... Enfin l'article offre aux créanciers pour supplément de garantie leur recours contre le liquidateur, dans la main duquel tous les fonds de la société se trouvent réunis. Cette circonstance justifie la différence que l'article établit entre l'associé liquidateur et les autres : le liquidateur est saisi de tous les fonds de la société, et les tiers intéressés le savent; les autres associés, au contraire, sont dessaisis de tout : il faut donc que leur obligation ait un terme.

« La justice due aux tiers créanciers n'oblige donc pas à rejeter l'article ; mais l'intérêt général du commerce exige qu'on l'admette. Il est certain qu'on fuirait les sociétés si ceux qui s'y engagent ne pouvaient espérer de se voir libérés qu'après trente ans... La propriété de chacun serait trop longtemps incertaine ; il lui serait impossible de se procurer du crédit.»

cette prescription ne saurait s'appliquer aux sociétés commerciales de choses, aux sociétés par actions. En effet, dans ces sociétés elle a bien moins de raison d'être encore que dans les sociétés civiles, puisque les actionnaires, non-seulement ne sont pas tenus solidairement, mais ne sont même pas tenus personnellement des dettes de la société. Ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises et ne peuvent être poursuivis au-delà. Ils sont débiteurs de leurs mises, mais ils ne sont pas débiteurs des dettes de la société. La prescription de cinq ans manque complétement de base à leur égard : ils n'ont pas besoin de ce mode exceptionnel de libération, puisqu'ils ne sont pas obligés. Donc pas de prescription de cinq ans dans les sociétés de choses. Cette proposition me paraît certaine, bien que des auteurs recommandables enseignent le contraire (1).

(1) Évidemment la question de savoir s'il y a lieu à la prescription de cinq ans ne pourrait même pas se présenter, il serait impossible que *des auteurs recommandables* fussent sur cette question d'un avis contraire à celui de M. Bravard, si réellement un actionnaire n'était jamais obligé envers les créanciers sociaux : là où n'existe aucune obligation, aucune charge, qui donc pourrait concevoir une prescription libératoire? Mais M. Bravard lui-même admet, et, je crois, avec grande raison, que les créanciers sociaux peuvent poursuivre directement et de leur chef l'actionnaire ou commanditaire qui n'a pas effectué le paiement de sa mise, ou, ce qui revient au même, qui l'a retirée mal à propos (Voy., ci-dessus, p. 242 et suiv., p. 353 et suiv.). Alors on arrive naturellement à se demander si, après que la société est dissoute, cette action directe durera seulement cinq ans par application de l'art. 64, ou si, au contraire, elle restera sous l'empire du droit commun. La question ainsi posée se comprend très-bien; j'ajoute qu'elle me paraît fort délicate. La Cour de cassation, par un arrêt du 21 juillet 1835, a jugé que la prescription quinquennale peut être opposée aux créanciers par un commanditaire : « L'art. 64 du Code de commerce, dit « la Cour, déclare prescrites par cinq ans toutes les actions formées contre « les associés non liquidateurs, sans établir aucune distinction sur la na« ture de la société à laquelle s'applique la liquidation. » Bien que cette doctrine, à ma connaissance du moins, n'ait point soulevé de contradiction parmi les auteurs, j'aurais beaucoup de peine à m'y rallier. D'abord je remarque, sur le texte de l'art. 64, qu'il renvoie bien aux art. 42, 43, 44 et 46, mais non à l'art. 45, ce qui s'explique naturellement par la volonté du législateur de laisser les actionnaires (j'ajoute *ou les commanditaires*) sous l'empire du droit commun, et de n'accorder qu'aux associés en nom le bé-

En somme, la prescription de cinq ans établie par l'art. 64 présuppose que les associés sont tenus sur leurs biens personnels, et tenus solidairement, des dettes sociales.

nélice exceptionnel de la prescription quinquennale. J'ajoute que, dans la discussion au Conseil d'Etat, ceux qui défendaient le principe de notre art. 64 ont toujours parlé des inconvénients qu'entraînerait la prolongation pendant trente ans *de la solidarité entre associés;* or il est certain qu'il ne peut être question de solidarité que relativement aux associés en nom. Enfin, si nous mettons de côté le texte de l'article et les expressions employées au Conseil d'État, il me semble qu'effectivement, pour soustraire au droit commun les associés en nom, il y avait une raison qui ne se présente plus quand il s'agit d'actionnaires ou de commanditaires : un associé en nom peut être poursuivi pour la totalité d'une dette à la création de laquelle il est peut-être complétement étranger, de laquelle en tout cas le fardeau ne doit pas peser exclusivement sur lui, tandis que pour l'actionnaire ou pour le commanditaire il ne s'agit que de payer une obligation qu'il a contractée lui-même et dont lui seul est tenu. Je comprends très-bien que le législateur, se plaçant à ce point de vue, se soit montré favorable seulement à l'associé en nom.

Une doctrine tout à fait inadmissible est celle de M. Bédarride, qui distingue entre l'actionnaire et le commanditaire. « Dans les sociétés anonymes, dit M. Bédarride (n° 683), les créanciers ne pourront pas recourir contre les associés, qui d'ailleurs ne peuvent jamais être tenus au-delà de leurs mises. La question de savoir s'ils ont rempli à cet égard leur obligation est une question de liquidation, qu'il convenait de laisser résoudre par l'exécution de celle-ci, le liquidateur ayant toute qualité pour contraindre le versement qui serait encore dû... — L'art. 64, dit-il un peu plus loin (n° 686), ne distingue pas la nature de la société : il libère après cinq ans les associés, à la seule condition qu'ils ne soient pas liquidateurs. Donc la doctrine qui ne permettrait pas au commanditaire d'invoquer l'art. 64 introduirait une exception inadmissible... Les créanciers ont, dans tous les cas, intérêt à attaquer le commanditaire, et ils sont recevables à le faire : si leur inaction s'est prolongée au-delà de cinq ans, la prescription est acquise à ce dernier, comme à tous les associés non liquidateurs. » Il m'est impossible de ne pas voir là une contradiction. Du reste, M. Bédarride se contredit sous un autre rapport : en effet, il admet 1° que les créanciers sociaux n'ont pas d'action directe contre le commanditaire, lorsque la société n'est pas en faillite, ce que nous supposons toujours; 2° que l'action du liquidateur contre le commanditaire dure trente ans; 3° que l'action du créancier social contre le commanditaire dure cinq ans (n°s 680 et 687). Si le créancier social n'a pas d'action directe contre le commanditaire, il ne peut employer contre lui que l'action du liquidateur; or est-il possible qu'une seule et même action dure trente ans ou dure cinq ans suivant qu'elle est exercée par le liquidateur lui-même ou, de son chef, par le créancier social?

— Une seconde donnée, qui fait suite à celle-là et qui s'y rattache, c'est que la prescription dont il s'agit ne peut commencer à courir que du jour de la dissolution de la société, et nullement tant que la société existe. Cela tient à deux causes, l'une juridique, l'autre pratique :

En droit, tant que la personne sociale existe, on ne peut en séparer la personne des associés, qui en forme l'élément constitutif. La responsabilité des associés et celle de la société se confondent, et quant à leur existence et quant à leur durée : l'une est inséparable de l'autre. Tant qu'on a la société pour obligée, on a aussi pour obligés les associés eux-mêmes.

Voilà la raison de droit, la raison logique, qui ne permettait pas de faire commencer la prescription dont il s'agit, qui est propre aux associés, avant la dissolution de la société.

Il y avait pour cela une autre raison, une raison d'utilité pratique. Tant que dure la société, elle a besoin de toutes ses ressources, — par conséquent de tout son crédit, qui est sa principale ressource, — et alors il faut que la responsabilité solidaire des associés, sur laquelle il repose, ne soit amoindrie ni quant à son étendue, ni quant à sa durée. — Au contraire, quand la société est dissoute, le lien qui rattache les associés à la société étant rompu, d'abord, comme nous venons de le dire, on peut logiquement et rationnellement admettre en leur faveur certains bénéfices, certains tempéraments, qui ne sauraient être accordés à la société elle-même. D'autre part, dès qu'elle est dissoute, la société n'a plus besoin de crédit : on peut donc, sans lui nuire, sans compromettre sa situation, accorder aux associés une prescription particulière, plus courte que celle qui appartient à la société.

Voilà pourquoi l'art. 64, qui est formel à cet égard, ne fait commencer la prescription de cinq ans, qu'il admet en faveur des associés, que du jour de la dissolution de la société.

Il ne suffira même pas que la société soit dissoute, il faudra que la cause qui en opère la dissolution ait été rendue publique. En effet, cette publication est nécessaire pour que la société soit

dissoute à l'égard des tiers, qui, sans cela, seraient en droit de faire considérer la société comme subsistant toujours vis-à-vis d'eux. Or, tant qu'elle existe, la prescription de cinq ans ne saurait courir.

Ainsi, il ne s'agit pas seulement d'examiner s'il est survenu ou non une cause de dissolution. Il faut voir encore si elle a pu ou non être connue des tiers, si elle leur a été ou non notifiée : car, comme il n'y a pas de prescription particulière à l'égard des associés tant que dure la société, il ne saurait y en avoir après sa dissolution si cette dissolution n'a pas été publiée.

Donc, l'idée de prescription de cinq ans et l'idée de publication se lient intimement, nécessairement, l'une à l'autre; et cela se rattache toujours à ce principe que la durée de la prescription n'a pas dû être modifiée à l'égard des associés *durante societate* (1).

— Une troisième donnée ressort de l'art. 64, et n'en saurait être séparée, car elle est indispensable pour l'intelligence de cette disposition. La prescription dont il s'agit, prescription tout exceptionnelle, ne s'applique pas aux rapports des associés entre eux, ni à leurs rapports avec le liquidateur. En effet, dans cet ordre de rapports il n'y a pas de solidarité, rien d'exorbitant, rien qui s'écarte du droit commun. Donc le droit commun est

(1) En supposant qu'un associé se retire, mais sans que pour cela la société soit dissoute, cet ex-associé, ses héritiers ou ayant cause pourront-ils invoquer la prescription quinquennale? Remarquons, avant tout, que la question ne peut se présenter qu'autant que la retraite ou la mort de l'associé a été rendue publique conformément à l'art. 46. En supposant que cette publication a eu lieu, l'art. 64 doit être appliqué. La Cour de cassation l'a ainsi jugé par son arrêt du 7 juin 1820, et cette décision est adoptée par les auteurs : voy. notamment M. Delangle, t. II, nos 584 et 723, et M. Bédarride, t. II, nos 689 et 690. « Pour l'associé qui se retire, dit très-bien M. Delangle, la fin de la société est l'instant même où, par une publication régulière, il a prévenu les tiers qu'il cessait d'être associé et qu'on ne devait plus à l'avenir compter sur sa garantie. La publicité n'a pas seulement pour objet d'avertir les intéressés de la modification qui s'est opérée dans l'être moral; c'est une mise en demeure aux créanciers d'exercer les actions qu'ils peuvent avoir... A l'égard de cet associé, la société qui continue fait office de liquidateur. »

seul applicable ici; l'art. 64 est étranger à cet ordre de rapports (1).

Mais cette prescription s'appliquera-t-elle indistinctement dans les rapports des créanciers sociaux avec la société dissoute et avec les associés?

Non; il faut distinguer :

Le liquidateur, lui, est un simple mandataire, qui, personnellement, en cette qualité, ne doit rien aux créanciers sociaux. Il ne relève que des associés, dont il est l'agent, le préposé; et, comme tous les mandataires, il est responsable de sa gestion, pendant trente ans, envers ses mandants. Mais envers les créanciers il n'est tenu que d'une seule chose, de les payer avec les valeurs qu'il a entre les mains : car il est préposé à la liquidation, c'est-à-dire chargé d'éteindre le passif avec l'actif, d'employer les ressources de la société, non les siennes propres, à la libérer. Si donc l'actif de la société est insuffisant, si elle est insolvable, le liquidateur, en établissant cette insolvabilité, en justifiant par des pièces en règle, par des quittances, qu'il a employé tout l'actif à l'acquittement des dettes de la société, aura fait tout ce dont il est tenu : on ne peut rien exiger de plus de lui. Les créanciers pourront donc, pendant trente ans, lui demander compte de l'actif, de l'emploi qu'il en a fait; mais, cet emploi justifié, ils ne peuvent le faire condamner à payer les dettes de la société, qu'il est simplement chargé de liquider.

En d'autres termes, l'actif social reste, pendant trente ans, le gage des créanciers sociaux; et c'est cet actif seulement qu'ils peuvent pendant trente ans poursuivre dans la personne du liquidateur, qui en est le détenteur ou le représentant (2).

(1) Ce point ne me paraît pas susceptible de faire difficulté. Voy. M. Delangle, t. II, n° 725. Déjà j'ai eu l'occasion de remarquer que c'est aussi l'opinion de M. Bédarride (*supra*, p. 443, note *in fine*).

(2) « L'action contre le liquidateur dure trente ans, dit M. Troplong (n° 1049). Les valeurs sociales qu'il a entre les mains sont un gage qui appartient aux créanciers et qu'il ne faut pas trop brusquement leur enlever. »

Si, après l'acquittement des dettes dont les titulaires se sont présentés, le reste de l'actif avait été réparti entre les associés, soit que les autres dettes ne fussent pas connues, soit que ceux à qui elles étaient dues ne se soient pas présentés, est-ce que cette répartition enlèverait aux créanciers retardataires le droit de gage qu'ils avaient sur cet actif? En aucune façon : ils pourraient toujours, soit de leur chef, soit comme exerçant les actions du liquidateur, poursuivre chaque associé comme détenteur de la portion d'actif social qui lui aurait été attribuée dans la répartition. Ils auraient ce droit pendant trente ans : car, encore une fois, le droit commun seul est applicable, dans les rapports des créanciers sociaux avec la société dissoute, à leurs droits sur le fonds social : comme tout autre débiteur, la société est tenue pendant trente ans d'acquitter ses dettes avec ses biens, qui en sont le gage spécial (1).

Voilà une première proposition qui est, je crois, incontestable.

En voici une seconde qui ne l'est pas moins.

Si les créanciers sociaux ont, depuis la dissolution dûment publiée, laissé passer cinq ans sans exercer de poursuites contre les associés personnellement, leur créance sera éteinte à l'égard de ces associés, et ils auront perdu le droit de se faire payer sur les biens particuliers de ceux-ci. C'est à ce cas, et à ce cas seulement, que s'appliquera la dérogation au droit commun, la prescription de cinq ans.

Il y aura donc, comme on voit, deux prescriptions fort différentes : l'une, de cinq ans, dans les rapports personnels des associés et des créanciers sociaux; c'est la seule dont il soit question dans l'art. 64; — l'autre, dérivant du droit commun, et applicable aux rapports des créanciers sociaux avec ce qui

(1) Évidemment cette doctrine est en parfaite harmonie avec la décision donnée ci-dessus (p. 442, note) sur le point de savoir combien de temps dure l'action des créanciers sociaux contre l'actionnaire ou commanditaire qui n'a pas versé sa mise ou qui l'a retirée mal à propos : la valeur de la mise fait partie du fonds social, qui constitue le gage des créanciers sociaux.

reste de la société, de même qu'aux rapports des associés entre eux et avec le liquidateur.

Voilà une distinction fondamentale et qu'il ne faut jamais perdre de vue. Elle est la clef de toutes les difficultés qui peuvent s'élever en cette matière.

Ces principes ne feront naître aucune objection, aucun dissentiment, lorsque les associés auront pris pour liquidateur, comme ils en ont le droit, non l'un d'entre eux, mais une personne étrangère à la société, un avoué, un syndic de faillite, un agent d'affaires. Dans ce cas, ils seront tous incontestablement affranchis de la responsabilité personnelle et de ses conséquences après cinq ans écoulés sans poursuites, depuis la dissolution dûment publiée de la société. Les créanciers n'auront plus de droit que sur ce qui peut rester de l'actif social, — que cet actif soit réparti ou ne le soit pas : car, s'il a été réparti, ils pourront le poursuivre entre les mains de l'associé comme ils auraient pu le poursuivre entre les mains du liquidateur. Leur droit de gage subsiste toujours et dans toute sa plénitude sur cet actif. Cela, encore une fois, est incontestable (1).

(1) M. Bédarride professe cependant à cet égard une doctrine bien différente (t. II, n° 692). Suivant cet estimable jurisconsulte, *il faut que le liquidateur soit un associé, pour que les autres associés soient admis à invoquer le bénéfice de la prescription quinquennale ; l'art. 64 est également inapplicable lorsqu'il n'y a pas de liquidateur et lorsque celui qui en a reçu la qualité est étranger à l'ancienne société.* Et voici le singulier argument que M. Bédarride présente à l'appui de cette opinion : « Lorsque le liquidateur est choisi en dehors des associés, il devient en réalité le simple mandataire de ceux-ci : *qui mandat ipse fecisse videtur.* Dans ce cas, les ressources sociales sont entre les mains des associés. Ce sont eux qui les administrent, qui les liquident par le moyen d'un préposé. Ils doivent dès lors rester chargés de la responsabilité du passif. » Comment M. Bédarride n'a-t-il pas aperçu que, s'il était vrai de dire que le liquidateur étranger est un simple représentant des associés, il faudrait nécessairement admettre que le liquidateur associé est un représentant des associés non liquidateurs, pour tout ce qui dépasse sa part : d'où la conséquence que les associés administrent toujours les biens sociaux par l'entremise du liquidateur, et qu'ainsi jamais, absolument jamais, il ne doit leur être permis d'invoquer l'art. 64 ? L'erreur de M. Bédarride est d'autant plus surprenante qu'il avait admis ailleurs, avec grande raison, qu'après la dissolution de la société il y a encore un être

Mais arrivons au cas qui fait difficulté, et où la très-grande majorité des auteurs a adopté, je crois, un système tout à fait erroné, aussi contraire aux termes et à l'esprit de l'art. 64,

moral, lequel est toujours représenté par le liquidateur, sans distinguer si ce liquidateur est un associé ou un étranger (voy. notamment les nos 480, 481, 500, etc.). Si le liquidateur représente toujours l'être moral, on ne peut pas dire que tantôt il représente les individus qui ont été associés et que tantôt il ne les représente pas.

La théorie que je viens de combattre se trouve déjà dans les *considérants* d'un arrêt de la Cour de Rouen, du 24 mars 1847, qu'on est surpris de ne pas voir cité dans l'ouvrage de M. Bédarride : « Attendu qu'en prin« cipe, dit la Cour, les actions se prescrivent par trente ans; — Attendu « que, si, dans le but de favoriser les sociétés commerciales, le législateur « a voulu que les actions contre les associés fussent prescrites cinq ans « après la dissolution de la société, l'art. 64 du Code de commerce, intro« ductif en cela d'un droit exceptionnel et nouveau, doit être dans son « application rigoureusement restreint au cas prévu; — Attendu que la « prescription de cinq ans n'est admise par l'article précité qu'en faveur « des associés non liquidateurs, et ne peut par là même profiter aux asso« ciés liquidateurs, qui restent soumis à la prescription de trente ans; — « Attendu qu'il paraît donc évident que la loi a entendu concilier avec la « faveur réclamée par le commerce le respect dû aux droits des tiers, et que « ce serait méconnaître sa volonté que d'admettre que tous les membres d'une « société peuvent se soustraire à la prescription de trente ans en faisant « choix de liquidateurs étrangers; — Attendu que des liquidateurs pris « en dehors d'une société sont de véritables mandataires, engageant leurs « mandants dans la limite du mandat qu'ils ont reçu; que dès lors une so« ciété liquidée par des étrangers est censée procéder elle-même à sa liqui« dation et reste soumise à la prescription de trente ans... » (Dev.-Car., 49, 2, 691). Par cet arrêt, la Cour de Rouen infirme un jugement du tribunal de commerce de la même ville qui avait reconnu les associés fondés à opposer la prescription quinquennale. J'admets parfaitement que ce jugement devait être infirmé; mais la Cour n'avait pas besoin pour cela d'imaginer la théorie que s'est appropriée M. Bédarride, théorie qui, à mon sens, est en contradiction avec tous les principes. Dans l'espèce, il s'agissait d'une société anonyme; une sentence arbitrale avait prononcé la dissolution de la société et nommé des liquidateurs étrangers; la dissolution avait été publiée; au bout d'un certain temps, les liquidateurs avaient rendu leur compte et soldé le reliquat entre les mains des anciens associés. C'est dans ces circonstances, et lorsque cinq ans s'étaient écoulés depuis la dissolution dûment publiée, qu'un créancier de la société venait demander son paiement aux anciens associés : ceux-ci pouvaient-ils opposer la prescription de cinq ans? Non : ils devaient être condamnés, mais seulement jusqu'à concurrence des valeurs sociales à eux remises par les liquidateurs,

qu'aux principes généraux du droit. Supposons, — c'est ce qui arrivera le plus souvent, l'art. 64 le suppose, et il a parlé de ce cas parce que c'est le cas le plus ordinaire, — supposons que les associés aient choisi l'un d'entre eux pour liquidateur. Je le répète, c'est ce qu'ils feront le plus souvent. Ils choisiront même de préférence le gérant, parce qu'il est au courant des affaires de la société, et qu'il aura pour opérer la liquidation bien plus de facilité que n'en aurait un tiers. Le gérant continuera donc sa gestion, mais à un autre titre, en une qualité fort différente, et avec des pouvoirs bien moins étendus qu'il n'en avait auparavant : en un mot, il gèrera désormais comme liquidateur.

Quand donc les associés auront choisi l'un d'entre eux pour liquidateur, cette circonstance influera-t-elle sur leurs rapports avec les créanciers sociaux, sur la nature et la durée de la prescription ? C'est là ce que soutiennent la plupart des auteurs. Selon eux, dans ce cas, les créanciers sociaux pourraient, même après cinq ans écoulés sans poursuites à dater de la dissolution de la société dûment publiée, et alors que l'actif social serait nul ou complétement absorbé par des répartitions déjà effectuées entre les créanciers, pourraient, dis-je, parce que le liquidateur est associé, le faire condamner personnellement, et sur ses biens particuliers, à leur payer le montant de tout ce qui leur serait dû par la société. Voilà le système des auteurs dont je parle, voilà comment ils entendent l'art. 64 (1).

Mais d'abord n'y a-t-il pas dans le point de départ de ce système quelque chose de souverainement illogique, d'irrationnel? Comment comprendre que la circonstance que les associés, au lieu de prendre un tiers pour liquidateur, ont pris l'un d'entre eux, puisse avoir la moindre influence sur les rapports des créan-

valeurs destinées à servir de gage aux créanciers de la société et que ceux-ci peuvent poursuivre pendant trente ans (voy. ci-dessus, p. 442 et 443, note).

(1) Voy., en ce sens, MM. Pardessus, t. III, n° 1090 ; Delvincourt, *Institutes de droit commercial*, t. II, p. 67 ; Troplong, t. II, n° 1051 ; Bédarride, t. II, n°s 702-706 ; Dalloz, *Répertoire de législation*, art. *Société*, n°s 1067 et 1068. — Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Rouen, déjà cité, p. 449, note.

ciers sociaux avec les associés ou la société ? Cette nomination est un acte pur et simple de la volonté des associés : les tiers n'y participent pas, n'y interviennent pas, elle ne leur est pas notifiée. Donc, que le liquidateur soit ou non un associé, la position reste la même, son rôle n'est pas changé, ses pouvoirs ne sont ni plus ni moins étendus : il n'est toujours qu'un mandataire, un préposé à la liquidation, le représentant de ce qui reste de la société, de ce qui lui survit, du corps social si l'on peut s'exprimer ainsi. Dès lors, il faut décider qu'après cinq ans, les associés du liquidateur seront libérés, tout aussi complétement libérés que si le liquidateur n'était pas associé ; et cela résulte de l'art. 64, qui porte : « Toutes actions contre les associés non liquidateurs, « et leurs veuves, héritiers ou ayant cause, sont prescrites cinq « ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de « société, qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été « affiché et enregistré conformément aux art. 42, 43, 44 et 46, « et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été « interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire. »

Donc, aux termes de cet article, les co-associés du liquidateur sont, après cinq ans, affranchis de toute responsabilité envers les créanciers sociaux, de toute action de leur part. Cet article, en effet, qu'on veuille bien le remarquer, ne distingue pas, quant aux associés non liquidateurs, si le liquidateur est lui-même ou n'est pas lui-même associé. Quand même ce serait un associé, les autres associés n'en seront pas moins libérés de toute action après cinq ans. L'art. 64 le dit expressément. Voilà un point certain. — Reste maintenant a voir quelle sera la position du liquidateur à l'égard des créanciers sociaux. Or, rien n'est plus simple. Il ne sera pas, lui, libéré de toute action : cette libération complète n'est accordée qu'aux associés non liquidateurs. Quant au liquidateur, il faudra distinguer. Il sera libéré, comme les autres, de toute action relative à sa qualité d'associé, de toute responsabilité sur ses biens personnels des dettes sociales ; mais il restera soumis pendant trente ans aux actions relatives à sa qualité d'administrateur, c'est-à-dire que les créanciers pourront

lui demander le compte de l'actif social et la justification de l'emploi qu'il en a fait, absolument comme s'il n'était pas associé. Voilà ce que décide l'art. 64, interprété d'après ses termes et d'après son esprit (1).

Au contraire, suivant l'opinion commune des auteurs, les choses se passeraient dans ce cas tout autrement que lorsque le liquidateur est un tiers (2).

D'après eux, s'il y avait quatre associés et un créancier retardataire auquel il serait dû 40,000 fr, ce créancier pourrait, quoiqu'il se fût écoulé plus de cinq ans depuis la dissolution, et qu'il n'eût pas fait de poursuites interruptives de prescription contre les associés, se faire payer, non par les co-associés du liquidateur, qui sont libérés, mais par cet associé liquidateur, et sur ses biens personnels, la somme de 40,000 fr. Or cet associé, n'étant tenu de payer la somme en question que parce qu'il est liquidateur, c'est-à-dire mandataire de ses co-associés, aurait nécessairement un recours contre eux; et les auteurs lui reconnaissent ce recours, qu'il est, en effet, impossible de lui refuser. Dès lors, ce système n'est-il pas en contradiction flagrante avec l'art. 64, qui déclare que *toutes actions* contre les associés non liquidateurs sont prescrites après cinq ans? Dans ce système, il n'y aurait pas à leur profit prescription de toutes actions pour raison et en paiement de cette même dette dont ils seraient libérés envers le créancier; et mon intelligence se refuse à comprendre comment le liquidateur pourrait être contraint, en cette

(1) Voy., en ce sens, MM. Malpeyre et Jourdain, *Traité des sociétés commerciales*, p. 343 et suiv., et M. Alauzet, t. 1er, nos 290 et 291.

(2) Je rappelle que, suivant M. Bédarride, il ne peut aucunement être question de la prescription quinquennale lorsque le liquidateur est un étranger. C'est là une opinion isolée, que j'ai déjà réfutée (p. 448, note) et dont nous faisons abstraction en ce moment. L'opinion commune, que M. Bravard va maintenant apprécier, consiste à dire : Dans tous les cas, les associés non liquidateurs peuvent opposer aux créanciers sociaux la prescription quinquennale; mais, dans le cas où le liquidateur est un associé, cet associé ne peut jamais leur opposer que la prescription de droit commun.

qualité, de payer, sur ses propres biens, une dette éteinte par la prescription vis-à-vis de ses co-associés, de sorte que ceux-ci seraient libérés et ne le seraient pas !

Cependant les auteurs qui soutiennent ce système font remarquer que les co-associés du liquidateur auront cet avantage, de ne pouvoir plus être poursuivis directement par les créanciers, et poursuivis pour le tout, de ne pouvoir l'être que par le liquidateur ou du chef de ce dernier, pour leur portion contributoire dans la dette, et sauf encore les exceptions de compensation et autres qu'ils pourraient avoir à opposer au liquidateur ou aux créanciers agissant de son chef. Mais, en cela, ils perdent de vue que l'art. 64 ne libère pas seulement de la solidarité les co-associés du liquidateur, qu'il les libère de *toutes actions* (1), qu'il déclare la dette elle-même éteinte à leur égard. Dès lors, pour être conséquent, et pour se conformer au droit commun, à l'art. 1208 du Code Napoléon, il faut nécessairement reconnaître que le liquidateur, s'il est poursuivi sur ses biens personnels par un créancier social, en paiement du tout, aura le droit de re-

(1) Je crois bien, et je l'ai déjà indiqué (p. 442 et 443, note), que le législateur, en établissant la prescription quinquennale de l'art. 64, a eu en vue de soustraire promptement les associés aux effets désastreux de la solidarité. Cela ne m'empêche pas de partager, au fond, l'opinion de M. Bravard. En effet, il ne faut pas prendre absolument au pied de la lettre l'art. 1213 du Code Napoléon : il ne faut pas croire que, dès l'instant où le créancier a été payé par l'un des débiteurs solidaires (dans notre espèce, par l'associé liquidateur), chacun des autres débiteurs sera traité exactement comme s'il n'y avait jamais eu solidarité. Il n'en est rien : même après que le créancier a été désintéressé par l'un des débiteurs, la solidarité peut encore avoir des conséquences très-graves pour les autres ou du moins pour quelques uns des autres. En effet, prenons l'exemple de M. Bravard : quatre associés, une dette sociale de 40,000 fr. Dans la doctrine que nous repoussons, Primus, l'associé liquidateur, est contraint, même après l'expiration de cinq ans, de payer les 40,000 fr. au créancier. Maintenant, est-il bien sûr que chacun des trois autres n'aura à rembourser que 10,000 fr., comme si jamais il n'y avait eu solidarité ? Pas le moins du monde. Supposons que Secundus et Tertius soient insolvables : Quartus aura 20,000 fr. à payer, et non pas 10,000 (Code Nap., art. 1214 *in fine*). Donc la doctrine commune peut avoir pour résultat de permettre d'invoquer la solidarité contre un associé non liquidateur même après l'expiration des cinq ans.

pousser l'action du créancier, en lui disant : « Votre prétention est en opposition formelle avec l'art. 64, puisque la dette est éteinte, en ce qui concerne mes co-associés et leurs biens personnels. C'est là une exception inhérente à la dette, et j'ai le droit de vous l'opposer. Quant à moi, quant à la portion de la dette dont j'aurais été tenu, je suis dans la même position que mes co-associés, puisque vous n'avez pas interrompu la prescription à mon égard, et que, pour être liquidateur, je n'en suis pas moins associé comme eux, libéré de toute responsabilité comme associé ; et, si je reste soumis à quelques actions de la part des créanciers, c'est seulement à celles qui dérivent de ma qualité de liquidateur, qui tendent à obtenir le paiement de mes obligations de liquidateur, non à se faire payer sur mes biens personnels des dettes de la société. Si j'étais contraint de payer sur mes biens personnels une portion de la dette dont mes co-associés sont libérés, ce ne pourrait être que comme liquidateur, c'est-à-dire comme mandataire : par conséquent, j'aurais forcément un recours contre mes mandants, qui, dès lors, ne seraient pas libérés, et pourtant l'art. 64 leur accorde libération complète. »

Effectivement, il faut bien le reconnaître, le système des auteurs a un double vice, également radical : il est contraire aux principes, en fait et en droit.

En fait, l'avantage qu'on veut procurer par ce système aux associés non liquidateurs est à peu près chimérique : car ils auront rarement des exceptions à opposer au liquidateur, et, quand ils en auront, ils n'attendront pas cinq ans pour les lui opposer. D'ailleurs, et en fin de compte, ces exceptions valent de l'argent, sont destinées à se traduire en une somme d'argent, elles en tiennent lieu, — de sorte qu'en fait ils n'en seraient pas moins obligés de payer au moins leur part dans la prétendue dette, dont cependant ils seraient, de l'aveu des auteurs (1), complétement et absolument libérés s'ils avaient choisi un tiers

(1) Sauf toutefois M. Bédarride (voy. ci-dessus, p. 448, note 1, et p. 452, note 2).

pour liquidateur ; et l'associé, parce qu'il serait liquidateur, serait tenu, lui, de payer le montant total de la dette, sauf, pour ce qui excéderait sa part contributoire, qui resterait définitivement à sa charge, un recours plus ou moins efficace, peut-être illusoire, contre ses co-associés qui ont pu devenir insolvables, — et tout cela parce que, au lieu de prendre un tiers pour liquidateur, on aurait pris un associé !

Mais, s'il en était ainsi, est-ce que jamais les associés consentiraient à prendre un d'entre eux pour liquidateur ? est-ce que jamais l'un d'entre eux consentirait à accepter cette qualité ? Ce serait donc par le fait exclure de la liquidation les associés ; et cependant il sera souvent de l'intérêt de la société qu'ils y soient appelés, et l'art. 64 lui-même suppose que c'est un associé qui a été choisi pour liquidateur, parce qu'en effet ce sera là le cas le plus ordinaire. Une pareille exclusion, conséquence forcée du système que je combats, ne se comprendrait pas : elle est contraire à l'esprit de la loi, qui suppose que la position des associés reste la même, soit qu'ils aient pour liquidateur un associé, soit qu'ils aient pris un tiers, puisque, dans un cas comme dans l'autre, ils sont libérés de toute action. C'est aux créanciers à veiller à la conservation de leurs droits, à faire des poursuites ; ils ne sont pas moins tenus d'en faire, quand c'est un associé qui est liquidateur, que quand c'est un tiers (1).

D'autre part, en droit, il y a dans ce système, dans cette libération d'un côté, dans cette non-libération de l'autre, par suite

(1) La même idée est très-bien exprimée par M. Alauzet : « Si le liquidateur est étranger, tous les associés sont complétement libérés après cinq ans ; dans le cas contraire, non-seulement l'un d'eux est tenu directement pendant trente ans, mais tous les autres le sont indirectement pendant le même temps. Où trouver la cause d'une pareille différence ? comment l'expliquer et la justifier ? Quels sont les négociants assez insensés, dans une pareille situation, pour ne pas choisir un étranger pour liquidateur ? Et cependant presque toujours la liquidation sera mieux faite par un associé que par tout autre. Il faudrait donc soutenir que la loi a voulu que la liquidation ne pût être confiée qu'à l'un des associés, et personne ne l'a dit jusqu'ici. »

d'action récursoire, un abus de mots et une confusion d'idées : car la distinction entre l'action directe et l'action indirecte manque ici complétement de base. Les associés sont débiteurs directs envers les créanciers : dès qu'ils sont libérés envers ces créanciers, il ne saurait y avoir, de leur part, aucune obligation, vis-à-vis de leurs co-associés, liquidateurs ou non, de payer une dette éteinte, ni, de la part de ceux-ci, aucune obligation de solder, ou du moins d'avancer, le montant d'une dette qui n'existe plus. C'est là une vérité élémentaire, confirmée par l'art. 1208 du Code Napoléon, et elle suffit pour démontrer que le système des auteurs est tout aussi contraire aux principes généraux du droit qu'à la lettre et à l'esprit de l'art. 64, qui, encore une fois, a voulu qu'après cinq ans les associés fussent libérés, complétement libérés, de toute responsabilité sur leurs biens personnels, envers les créanciers sociaux, et que le liquidateur, associé ou non, ne fût soumis qu'aux actions inhérentes à sa qualité de liquidateur, c'est-à-dire tendant à se faire payer sur l'actif social.

* J'ajouterai deux observations sur l'art. 64.

I. Les fonctions du liquidateur cessent naturellement lorsque la liquidation est parfaite. Mais est-il possible que, dans le cours d'une liquidation, il y ait lieu de remplacer le liquidateur? Cela se présente, par la force même des choses, quand le liquidateur vient à mourir. De plus, je crois qu'il faut appliquer ici les principes généraux du mandat quant à la possibilité pour les associés de révoquer le liquidateur et quant à la possibilité pour le liquidateur de donner sa démission (C. Nap., art. 2004 et 2007) : en effet, le liquidateur est un véritable mandataire. Toutefois, si le liquidateur est un associé qui a été chargé de la liquidation par l'acte même de société, je suis disposé à dire, en appliquant par analogie l'art. 1856, qu'il ne peut pas être révoqué sans cause légitime.

On comprend qu'il peut arriver qu'un étranger remplace un associé dans les fonctions de liquidateur, ou, *vice versa*, qu'un as-

socié remplace un étranger. En cas pareil, je ne vois guère comment on ferait marcher le système de M. Bédarride, suivant lequel la prescription quinquennale suppose que le liquidateur est un associé : pour déterminer le temps requis pour prescrire, faudrait-il s'attacher à la qualité du premier liquidateur ou à celle du second? Faudrait-il dire qu'une certaine prescription avait commencé à courir au profit des associés non liquidateurs, et qu'elle se trouve remplacée par une prescription toute différente?

Je m'attache uniquement au cas où l'un des associés a d'abord été liquidateur, puis a cessé de l'être avant que la liquidation ne fût terminée : quelle prescription pourra-t-il invoquer contre les créanciers? Dans l'opinion de M. Bravard, qui est aussi la mienne, rien de plus simple : si nous supposons qu'il a fidèlement rendu son compte de liquidateur, qu'il n'a gardé par-devers lui aucune valeur sociale, la prescription quinquennale avait commencé à courir à son profit, aux termes de l'article 64, bien qu'il fût liquidateur, et elle continuera de courir après qu'il aura cessé de l'être, de sorte qu'au bout de cinq ans il sera complétement libéré de son obligation personnelle vis-à-vis des créanciers sociaux. Dans l'opinion commune, au contraire, on dit que la prescription quinquennale n'a pas pu courir à son profit tant qu'il a été liquidateur; seulement, on veut bien admettre qu'elle va commencer à courir du jour de sa retraite, pourvu que cette retraite soit rendue publique. Ainsi l'a jugé la Cour de Paris, le 20 avril 1847, et le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté par la Chambre civile, le 8 août 1849 (1). Une fois admis que l'associé liquidateur n'a pas

(1) « Attendu, dit la Cour de cassation, que l'associé liquidateur qui se « démet de cette fonction, en portant sa retraite et son remplacement à la « connaissance des tiers par le mode de publicité des art. 42 et 46 du Code « de commerce, et qui, après avoir rendu compte de sa gestion au nouveau « liquidateur, en se dessaisissant dans les mains de celui-ci des titres et des « valeurs de la société, devient étranger à la liquidation, n'est plus dès ce « moment qu'un *associé non liquidateur*, alors d'ailleurs que, comme dans « l'espèce, il n'avait accepté la liquidation que temporairement, à raison « de l'empêchement du liquidateur institué par l'acte constitutif de la so-

droit à la prescription de cinq ans, cette décision ne peut qu'être approuvée; mais, il faut bien le remarquer, c'est un tempérament à une doctrine que nous croyons fausse, et, par cela seul que la jurisprudence admet le tempérament, elle admet implicitement la doctrine même dont il s'agit. Du reste, ce tempérament me paraît en amener logiquement un autre : lors même que le liquidateur cesse ses fonctions parce que la liquidation est terminée, ne faudrait-il pas dire que la prescription de cinq ans commence à courir à son profit?

II. Supposons que la société est dissoute et que l'un des associés est liquidateur : alors il y a certainement lieu à la prescription quinquennale au profit des autres. Mais, relativement à cette prescription, plusieurs questions peuvent encore se présenter.

D'abord quel en est précisément le point de départ? Si la société se dissout par l'échéance du terme, lequel avait déjà été indiqué aux tiers par la publication de l'extrait de l'acte de société, sans aucun doute la prescription commence à courir dès le jour de la dissolution. Que si au contraire la société se dissout par la convention des parties, avant l'échéance du terme primitivement fixé, le point de départ de la prescription sera-t-il l'instant même de la dissolution? ne sera-ce pas plutôt l'instant où cette dissolution anticipée est rendue publique? Sans difficulté, si la dissolution a été publiée tardivement, si on a laissé passer la quinzaine dont parle l'article 42, la prescription ne commen-

« ciété, et sous la réserve expresse de s'en démettre ; — Que ni la lettre ni « l'esprit de l'art. 64 du Code de commerce ne permettent d'attribuer à « cette gestion momentanée, pas plus qu'à un simple fait d'immixtion dans « la liquidation, l'effet de prolonger, au-delà des limites de la prescription « admise en faveur des *associés non liquidateurs*, la durée des obligations « dont il est tenu personnellement et solidairement avec les autres asso- « ciés; qu'il a comme ceux-ci et au même titre le droit d'opposer à l'ac- « tion des créanciers de la société la prescription de cinq ans, en lui don- « nant pour point de départ, sinon la dissolution même de la société, du « moins sa retraite de la liquidation » (Dev.-Car., 49, 1, 679). — L'arrêt ajoute, ce qui allait de soi, qu'après son remplacement régulièrement opéré et ses comptes rendus, l'associé liquidateur n'a point à répondre de la gestion du nouveau liquidateur.

cera que du jour de la publication effectuée. Mais *quid* si la publication a eu lieu dans la quinzaine, par exemple dix jours après la dissolution? La réponse à cette question ne peut pas être tirée du texte de l'article 64 : car il dit, d'une part, que toutes actions sont prescrites cinq ans après *la fin ou la dissolution de la société*, et, d'autre part, il suppose que la prescription peut être interrompue depuis *la publication*, ce qui semble bien indiquer qu'elle ne courait pas auparavant. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : par acte notarié du 12 avril 1837, une société en nom collectif avait été déclarée dissoute ; l'acte avait été publié et affiché, le 25 du même mois. Le 16 avril 1842, l'un des anciens associés est assigné devant le tribunal de commerce de la Seine par un créancier de la société : il oppose la prescription de cinq ans, le tribunal décide que cette prescription a été interrompue en temps utile. Sur l'appel, la Cour de Paris prononce que la prescription a commencé à courir dès le 12 avril 1837 et, en conséquence, infirme le jugement. Mais la Cour de cassation revient au système du tribunal, et, par un arrêt rendu, le 24 novembre 1845, sur les conclusions de M. Delangle, casse l'arrêt de la Cour de Paris (1).

Nous savons déjà que la prescription quinquennale peut être interrompue par une demande en justice. Mais l'art. 64, qui

(1) « Attendu, en droit, dit la Cour de cassation, que la dissolution d'une « société avant le temps fixé par l'acte qui la constitue, ne peut faire courir « contre les tiers la prescription quinquennale établie par l'art. 64 du Code « de commerce que si les tiers ont été avertis de cette dissolution par l'af- « fiche et la publication de l'acte qui en contient la convention ; — Attendu, « en effet, qu'une prescription ne peut pas courir contre qui ne peut agir ; « et que les tiers ne sont pas mis légalement en demeure d'agir en vertu « d'un acte de dissolution qui n'a point été porté à leur connaissance par « les moyens et dans les termes établis par la loi ; — Attendu que l'art. 64, « après avoir dit que les actions sont prescrites cinq ans après la dissolution « de la société si l'acte de dissolution a été dûment affiché et enregistré, « ajoute que c'est depuis cette formalité remplie qu'il y a lieu de considé- « rer si la prescription a été interrompue par une poursuite judiciaire, et « que cette dernière disposition indique suffisamment le sens véritable de « l'article entier, sens conforme aux principes généraux sur les prescrip- « tions » (Dev.-Car., 46, 1, 133).

parle d'interruption *par poursuite judiciaire*, doit-il être pris dans un sens limitatif? faut-il dire qu'aucun autre mode d'interruption n'est applicable ici? Bien que cette prescription quinquennale ait quelque chose d'exceptionnel, je ne vois point de bonne raison pour ne pas appliquer à cet égard les règles du droit commun, pour ne pas admettre notamment que la reconnaissance de la dette par l'ex-associé aurait force interruptive : il serait bizarre que le législateur obligeât le créancier à exercer des poursuites judiciaires, au lieu de s'arranger avec le débiteur. Aussi la Cour de cassation s'est-elle prononcée en ce sens par son arrêt du 19 janvier 1859 (1). — Du moment que l'ex-associé a été condamné ou qu'il a reconnu la dette par acte séparé, il s'opère une sorte de novation : il y aura lieu désormais, non à la prescription de cinq ans, mais à la prescription de trente ans. C'est du moins ce que je déciderais, par analogie de la règle posée, dans l'art. 189 de notre Code, relativement aux lettres de change et à certains billets à ordre.

La prescription quinquennale de l'art. 64 ne serait point suspendue au profit d'un créancier mineur ou interdit. Admettre

(1) « Attendu que l'art. 64 du Code de commerce se borne à indiquer, « comme moyen d'interrompre la prescription qu'il établit en faveur des asso- « ciés non liquidateurs, les poursuites judiciaires qui seraient intentées contre « eux postérieurement à la publicité donnée à la dissolution de la société ; « mais que, pour être sainement interprétée et appliquée, la disposition de « l'art. 64 du Code de commerce doit être combinée avec celle de l'art. 2248 « du Code Napoléon, disposition générale qui régit toutes les matières, et « qui attribue à la reconnaissance de la dette par le débiteur la même « vertu et le même effet qu'aux poursuites du créancier ; — Que tout paie- « ment à-compte fait par le débiteur est une reconnaissance formelle du « droit du créancier contre lequel il était en voie de prescrire et un acte « interruptif de la prescription ; — Et attendu, en fait, qu'il est constant « et reconnu par toutes les parties qu'après l'accomplissement, en 1846, « des formalités exigées pour la publicité de la dissolution de la société, « trois paiements partiels ont été faits en 1850 par le défendeur, à valoir « sur la créance dont il s'agit ; — Que néanmoins l'arrêt attaqué a déclaré « cette créance prescrite à défaut de poursuites judiciaires dans les cinq « ans qui ont suivi la publicité donnée à la dissolution de la société; en « quoi la Cour impériale de la Guadeloupe a violé les articles ci-dessus « visés » (Dev.-Car., 60, 1, 565).

e contraire, ce serait aller contre le but que s'est proposé le législateur en établissant cette prescription. C'est d'ailleurs une règle générale, déjà suivie dans notre ancien droit, que les longues prescriptions (par dix ans ou plus) sont seules suspendues en faveur des mineurs (1). *

Du partage.

Qu'est-ce que le partage?

Lorsque l'actif a été dégrevé du passif, il doit être réparti entre tous les intéressés, proportionnellement à leur intérêt. C'est cette répartition qui constitue le partage.

En matière de partage, le principe fondamental, c'est l'égalité, c'est-à-dire l'attribution à chacun des copartageants de la part même qui lui revient. Du reste, par *égalité* on entend ici, non pas l'égalité philosophique, mathématique, — en un mot, absolue, — mais une égalité telle que la comportent les circonstances, l'égalité *approximative*. En effet, si l'un des copartageants avait éprouvé une lésion même modique, il y aurait bien une atteinte à l'égalité, mais elle ne suffirait pas pour faire rescinder un acte aussi grave en soi-même que le partage; d'ailleurs, elle serait trop difficile à constater, à apprécier. Il faudra, pour qu'on y ait égard, que l'inégalité, et la lésion qui en résulte, ait une certaine importance, qu'elle soit de plus du quart. Mais quand elle aura dépassé cette limite, chacun de ceux qui auront éprouvé une lésion de ce genre pourra faire rescinder le partage, — et cela quelle que soit la nature, mobilière ou immobilière, corporelle ou incorporelle, des choses dont se composait la masse partageable (2). En cela, le partage diffère de la vente :

(1) La grande majorité des auteurs est en ce sens. Voy. notamment M. Delangle, t. II, n° 727, et M. Bédarride, t. II, n° 699.

(2) Code Napoléon, art. 887 et suiv.

car, en matière de vente, une seule des parties, le vendeur, peut se prévaloir de la lésion, et encore faut-il qu'il s'agisse d'une vente d'immeubles (1). C'est que le but que se proposent les copartageants est tout différent du but que se propose un acheteur : les uns ont en vue l'égalité, l'autre un bénéfice, un profit. — De plus, l'action en rescision pour cause de lésion dure dix ans en matière de partage, tandis qu'en matière de vente elle est réduite à un délai très-court (2).

Après cela, il y avait entre le partage en matière de successions et le partage en matière de sociétés une analogie évidente : car, dans un cas comme dans l'autre, cette opération tend à attribuer à chacun des copartageants ce qui lui revient, et non à lui attribuer des avantages quelconques. Voilà pourquoi l'article 1872 du Code Napoléon renvoie, pour le partage des sociétés, aux règles consacrées pour le partage des successions. Il y a, en effet, une analogie évidente entre les rapports des cohéritiers les uns avec les autres, et les rapports des co-associés entre eux. Mais s'il y a des analogies, il n'y a certes pas identité ; et, si les règles générales du partage des successions sont applicables au partage des sociétés, il en est d'autres qui ne sauraient être étendues à ce dernier partage. Nous avons à voir quelles sont celles des règles relatives au partage des successions qui s'appliquent au partage des sociétés et celles qui ne s'y appliquent pas.

I. En matière de succession, la première règle est que nul n'est tenu de rester dans l'indivision ; et cette règle est évidemment applicable au partage des sociétés (art. 815 et 1872).

La règle, toutefois, comporte une restriction : aux termes de l'art. 815, il est permis aux cohéritiers de convenir qu'ils resteront dans l'indivision pendant cinq ans. Une pareille convention n'est pas obligatoire pour une durée plus longue. — Cette modification au principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivi-

(1) Code Napoléon, art. 1674 et suiv.

(2) Comp. les art. 1304 et 1676 du Code Napoléon. « La demande n'est « plus recevable, dit ce dernier article, après l'expiration de deux années « à compter du jour de la vente. »

sion s'applique également au partage des sociétés, pour le temps qui suit la dissolution. Mais il y a des auteurs, M. Duranton, notamment, qui ont entendu cette disposition en ce sens qu'on ne pourrait pas, en constituant la société, convenir qu'elle durerait plus de cinq ans (1). En cela, ils sont tombés dans une erreur évidente : car, d'une part, tant que dure la société, il n'y a pas d'indivision, pas de copropriété, puisque la société est une personne juridique, qu'elle est seule propriétaire de l'actif social (2); et, d'autre part, — sans même parler de cette raison décisive, — entre l'état d'indivision et l'état de société, il existe cette différence essentielle que l'état de société suppose une réunion d'efforts, une combinaison de moyens tendant à un but déterminé, une succession de contrats, d'opérations qui constituent le mouvement social, la vie même de la société, et il n'y a rien là qui ressemble à l'indivision : l'indivision est un état purement passif, inerte, qui ne saurait, sans de graves inconvénients, se prolonger pendant plus de cinq ans, — tandis qu'il est souvent nécessaire, indispensable, pour que la société puisse atteindre son but, qu'elle dure pendant dix, vingt, trente années et plus; à cet égard, les parties ont toute latitude, et elles peuvent assigner à la société une durée aussi longue que bon leur semble. Aussi la loi sur le timbre, du 5 juin 1850, distingue-t-elle (article 14), quant à la quotité du droit, entre les sociétés dont la durée excède et celles dont la durée n'excède pas dix ans (3).

II. C'est une règle du partage des successions qu'il est *déclaratif* et non *translatif* de propriété. Qu'est-ce à dire? Que tous les droits réels, hypothèque, servitude, usufruit, qui ont pu être pendant l'indivision constitués par l'un des héritiers sur sa part

(1) Voy. M. Duranton, *Cours de droit français*, t. XVII, n° 392. Du reste, le savant professeur n'applique sa décision ni aux sociétés d'industrie ou de commerce, ni aux sociétés pour une entreprise déterminée dont la durée serait fixée à plus de cinq ans ou qui exigerait un temps plus long pour son achèvement.

(2) Il m'est impossible d'admettre que la société civile en général soit une personne juridique. Voy. ci-dessus, p. 174.

(3) Voy. ci-dessus, p. 256.

indivise dans la chose commune, sont effacés après le partage, qui fait considérer chaque héritier comme ayant reçu du défunt lui-même les objets compris dans son lot, et n'ayant jamais eu dès lors aucun droit sur les objets compris dans les lots de ses cohéritiers. C'est là une fiction : car, en réalité, chacun des cohéritiers a eu un droit de copropriété indivise dans chacun des objets dont se composait la succession, la masse partageable, et par le partage il a cédé, transféré ce droit à chacun des autres, en échange de la cession ou translation qu'ils lui ont faite eux-mêmes de leur droit indivis dans les objets compris dans son lot; de sorte que, si chacun est propriétaire exclusif des objets à lui échus, c'est parce que aux droits qu'il avait déjà dans ces objets vient se joindre le droit que ses cohéritiers lui ont cédé. Le partage est donc, en soi, translatif de propriété. Tel était aussi le caractère qu'on lui reconnaissait en droit romain (1). Mais dans notre ancienne jurisprudence, pour simplifier le partage et prévenir les recours des cohéritiers les uns contre les autres, on avait substitué au principe du droit romain cette fiction, car c'en est une, que le partage est déclaratif (2). Le droit actuel l'a adoptée, et en a fait une règle générale, commune à tous les cas d'indivision : indivision par succession (art. 883), par dissolution de communauté entre époux (art. 1476), par dissolution de société (art. 1872), applicable même au cas de simple indivision par suite d'une acquisition faite en commun, par exemple, ou d'un legs recueilli en commun. Si donc l'un des co-acheteurs ou colégataires cède sa part à l'autre, celui-ci sera censé, dès le principe, avoir été seul et unique propriétaire de la chose en totalité. La loi ne le dit pas; mais, dans son silence, il faut appliquer à ce cas, comme à tous les autres, le principe que le

(1) Il paraît qu'il y avait eu quelque dissidence sur ce point entre les jurisconsultes romains. Trébatius n'admettait pas l'effet attributif; mais son système n'avait pas prévalu. Voy. L. 31, D., *De usu et usuf.* (33, 2).

(2) Voy. Pothier, *Traité des fiefs*, nos 451 et 452; *Traité des Successions*, chap. IV, art. V, § 1. Consultez aussi l'excellent travail publié par M. Championnière dans la *Revue de législation*, t. VIII (année 1838), p. 161 et suiv.

partage est déclaratif : car c'est la règle générale, le droit commun.

En matière de sociétés, il y a seulement controverse pour savoir à quelle époque remonte l'effet rétroactif du partage. Certains jurisconsultes veulent le faire remonter au jour même de la formation de la société : ils s'appuient sur des passages d'anciens auteurs, notamment de Pothier (1), qui admettaient cette rétroactivité. Ces auteurs étaient conséquents avec eux-mêmes, car ils ne reconnaissaient pas à la société le caractère de personne : ce n'était pour eux qu'une indivision établie par contrat; et dès lors, ils pouvaient, ils devaient logiquement faire remonter l'effet rétroactif au jour où avait commencé l'indivision, c'est-à-dire au jour même de la formation de la société. Mais aujourd'hui que la société est une personne, on ne peut pas plus faire remonter l'effet déclaratif à une époque antérieure à la dissolution, qu'on ne peut, en matière de succession, le faire remonter à une époque antérieure au décès. Tant que la société subsiste, il n'y a pas de copropriété, pas d'indivision, par conséquent pas de point de départ pour l'effet déclaratif (2).

(1) *Contrat de société*, n° 179.

(2) Cela me paraît incontestable pour les sociétés commerciales qui sont des personnes. Mais pour les sociétés civiles en général, la doctrine de Pothier doit toujours être suivie. — M. Troplong, qui admet la personnalité des sociétés civiles aussi bien que des sociétés commerciales, est d'avis que, dans les unes comme dans les autres, l'effet déclaratif du partage rétroagit au jour de la constitution de la société. « Quelque grave, dit-il (t. II, n° 1066), quelque utile que soit la fiction qui fait de la société un être moral, elle ne saurait aller jusqu'à supprimer entièrement l'idée de copropriété et d'indivision, inséparable d'une société. Cette copropriété indivise reparaît surtout avec éclat à l'époque de la dissolution, non pas comme une chose nouvelle, mais comme un droit momentanément intercepté. C'est pourquoi l'effet rétroactif, ne trouvant plus la personne civile, cause de cette interception, agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision. Comment serait-il possible que l'effet rétroactif, capable d'anéantir l'indivision, c'est-à-dire un état si pur de toute fiction et si énergiquement dessiné après la dissolution de la société, respectât la fiction qui a précédé? » Ces idées sont également adoptées par M. Bédarride (t. II, n^os^ 511-513). Je me borne à dire qu'il n'est pas possible, parce que ce serait déraisonnable, que les droits résultant pour les

III. Une règle du partage des successions, qui se rattache à l'effet déclaratif et s'applique évidemment au partage des sociétés, c'est le droit que l'art. 882 reconnait aux créanciers, d'intervenir au partage pour empêcher qu'il ne soit fait à leur détriment (1).

tiers de ce que la société commerciale est une personne se trouvent anéantis par l'effet déclaratif du partage. (Comp. M. Mourlon, *Revue pratique*, t. x, p. 55 et suiv.) Du reste, pour bien montrer l'intérêt de la question, je vais prendre certains faits très-simples, et successivement les supposer accomplis là où il y avait une société civile, là où il y avait une société commerciale :

Quatre personnes se sont associées; chacune a le même intérêt dans la société; au nombre des apports se trouve notamment un immeuble. Un créancier personnel de l'associé Primus le poursuit, le fait condamner, et prend inscription sur l'immeuble qui a été mis en société, ou, pour parler plus exactement, prend inscription au bureau de l'arrondissement où est situé l'immeuble (Code Napoléon, art. 2148 *in fine*). Quelque temps après, un créancier de la société poursuit en justice le paiement de la dette sociale contractée envers lui, obtient condamnation et prend à son tour inscription hypothécaire au même bureau. Enfin la société est dissoute, le partage a lieu, et, par l'effet du partage, l'immeuble dont il s'agit est mis au lot de l'associé Primus. Sur cet immeuble, lequel des deux créanciers sera préférable? Sera-ce le créancier personnel de Primus, qui s'est inscrit par exemple en 1860? Ne sera-ce pas plutôt le créancier de la société, qui ne s'est inscrit qu'en 1861? Dans mon opinion, il faut dire que, si la société était une simple société civile, comme il se trouve qu'à la date des deux inscriptions Primus était déjà propriétaire et propriétaire unique de l'immeuble, les deux créanciers viendront précisément dans l'ordre de leurs inscriptions; que si au contraire la société était commerciale, en nom collectif par exemple, comme jusqu'au moment de la dissolution l'immeuble n'appartenait point à Primus, il n'a pu être grevé que du chef de son propriétaire, qu'au profit du créancier de la société, et c'est seulement du jour de la dissolution que, devenu la propriété de Primus, il a pu être grevé au profit du créancier personnel de celui-ci, — de sorte que dans cette deuxième hypothèse le rang des deux créanciers serait en sens inverse de l'ordre des inscriptions.

(1) La Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 20 novembre 1834, que l'art. 882 du Code Napoléon ne s'applique point au partage d'une société civile, qu'ainsi les créanciers d'un associé sont recevables à attaquer le partage comme fait en fraude de leurs droits, lors même qu'ils n'avaient formé ni intervention ni opposition: « Si en matière de partage de succes- « sion, dit la Cour, le législateur a voulu que le partage consommé sans « opposition ne pût être attaqué, c'est que, d'une part, l'ouverture d'une

IV et V. Il y a, en matière de partage de successions, deux autres règles, également applicables au partage des sociétés, et qu'il me suffira d'énoncer.

Chaque copartageant a droit à la garantie des objets compris dans son lot (art. 884 et 885) : car, dès qu'il est évincé d'un des objets compris dans son lot, son lot ne se trouve plus complet, et il doit avoir une action en garantie contre les autres pour obtenir qu'il soit complété (1).

De même, chaque copartageant, chaque cohéritier ou communiste, aura, sur les objets compris dans le lot de ses cohéri-

« succession est un fait notoire, qui a mis le créancier de l'héritier à même « de veiller à la conservation de ses droits, et que, de l'autre, c'eût été « porter le trouble dans les familles que d'admettre l'action en nullité d'un « partage après qu'il aurait été consommé sans intervention ni opposition « de leur part; il n'en pouvait être de même du partage d'une société ci- « vile, dont l'existence a pu être ignorée des tiers... » (Sir., 35, 1, 131).

En somme, la Cour de cassation, pour exclure l'application de l'art. 882, invoque deux motifs :

1° L'ouverture d'une succession est un fait notoire, tandis que l'existence et la dissolution d'une société peuvent être tout à fait ignorées des tiers. Évidemment, si cette considération a quelque valeur en ce qui concerne les sociétés civiles, elle n'en a aucune en ce qui concerne les sociétés commerciales, dont l'existence et la dissolution doivent être portées à la connaissance du public.

2° Admettre que le partage d'une succession peut être attaqué conformément au principe général de l'art. 1167, c'eût été porter le trouble dans les familles, tandis que l'attaque d'un partage social ne troublera jamais la famille. Je crois qu'il y a là une confusion. La disposition de l'art. 882 est principalement fondée sur les inconvénients qu'entraîne l'annulation d'un acte long et compliqué comme le partage, acte dans lequel il y a souvent beaucoup de personnes intéressées. Or, au point de vue de la complication des opérations, du chiffre des intérêts et du nombre des intéressés, il est certain qu'en général le partage des sociétés ne le cède en rien au partage des successions : loin de là, à ce triple point de vue, la nécessité de recommencer le partage aurait souvent plus d'inconvénients encore en matière de sociétés qu'en matière de successions.

Je crois donc que, tout au moins quand il s'agit d'une société commerciale, l'art. 882 du Code Napoléon est parfaitement applicable. — M. Troplong (t. II, n° 1061) et M. Bédarride (t. II, n° 505) affirment le contraire, d'une manière absolue et sans distinguer de quelle société il s'agit.

(1). En ce sens, voy. notamment M. Delangle (t. II, n° 708) et M. Bédarride (t. II, n° 510).

tiers, un privilége pour le paiement des soultes ou retours de lots à lui dus (1). Qu'entend-on par ces mots : *soultes ou retours de lots?* Le voici. Il arrive souvent qu'on ne peut composer chaque lot, d'une manière parfaitement égale, d'objets en nature : alors on compense ce que l'un des cohéritiers a de moins en nature par une somme que les autres cohéritiers s'engagent à lui payer. C'est cette somme qui constitue la soulte ou le retour de lot. Dès lors, on le comprend, chaque cohéritier doit avoir, sur les objets entrés dans le lot de ses cohéritiers de plus que dans le sien, un droit de préférence à l'encontre des créanciers de ces cohéritiers : car il est, en quelque sorte, vendeur de ce que ceux-ci ont reçu de plus que lui en nature. Il a mis ces objets dans le patrimoine de ses cohéritiers, qui les ont reçus grevés de cette charge, de cette cause de préférence (2).

VI. Il y a une autre règle, applicable au partage des successions et au partage des sociétés, qui exige au contraire quelques explications, car elle se rattache à une double distinction fort importante, à la distinction de la licitation et du partage, du partage et de la vente.

Quelle différence y a-t-il entre la licitation et le partage, que l'on met presque toujours sur la même ligne? Le partage et la licitation ont cela de commun qu'ils supposent l'un et l'autre qu'une chose est commune à plusieurs, qui en sont copropriétaires par indivis. S'il est possible d'attribuer à chacun en nature la part qui lui revient dans cette chose, et qu'on fasse

(1) Code Napoléon, art. 2103 n° 3 et 2109.

(2) M. Bravard ne me paraît pas s'exprimer ici d'une manière parfaitement exacte. Prenons un cas bien simple. Primus et Secundus sont copropriétaires par indivis, pour parts égales, de deux immeubles dont l'un vaut 50,000 fr. et l'autre 30,000 ; le premier immeuble est mis au lot de Primus, qui promet à Secundus une soulte de 10,000 fr. Sur quoi portera le privilége de Secundus? Notre auteur a bien l'air d'admettre qu'il ne portera que sur une partie de l'immeuble échu à Primus. Je crois, au contraire, qu'il grèvera cet immeuble en totalité, — tout comme si Secundus était évincé d'une partie de ce qui compose son lot, il aurait privilége, pour sûreté de son action en garantie, sur tout l'immeuble mis au lot de Primus. L'art. 2103 est évidemment formel en ce sens.

cette attribution, il y a partage. Mais si la chose est de telle espèce qu'elle ne puisse se diviser en autant de parts qu'il y a de copropriétaires, ou si, dans un partage fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve qu'aucun des copropriétaires ne puisse ou ne veuille prendre, on *licite* ces objets, c'est-à-dire qu'on les met aux enchères, afin de les convertir en numéraire, et d'en répartir le prix, qui peut toujours se diviser commodément, entre les ayant droit.

Voilà ce qui constitue la *licitation*, dont il est question et au Titre *des Successions* (art. 883), et au Titre *de la Vente* (articles 1686, 1687 et 1688). En effet, il y a ici une distinction fondamentale à faire. Si c'est un des copropriétaires qui s'est rendu adjudicataire, alors la *licitation* équivaut au partage, elle en tient lieu, et elle est soumise à toutes les règles du partage (1). Au contraire, supposons que c'est un tiers qui s'est rendu adjudicataire, — et, aux termes de l'art. 1687, chacun des copropriétaires a le droit de demander que les étrangers soient appelés à la licitation, et ils sont même nécessairement appelés lorsque parmi les copropriétaires il y a un mineur, afin que ceux qui ne voudraient ou ne pourraient se rendre adjudicataires ne soient pas à la discrétion des autres. Si, dis-je, c'est un étranger qui s'est rendu adjudicataire, alors la licitation n'est plus assimilée au partage, elle est assimilée à la vente : elle vaut vente, parce qu'elle transfère à l'adjudicataire un droit de propriété sur une chose sur laquelle il n'avait jusque-là aucun droit. Elle ne transforme pas pour lui en droit absolu un droit indivis préexistant ; elle crée pour lui un droit nouveau et absolu de propriété, moyennant un prix qu'il s'engage à payer. C'est donc véritablement une vente, et elle est soumise aux règles de la vente. Or ces règles sont fort différentes de celles du partage, — même en un point qui leur est commun, l'action en rescision pour cause de lésion.

(1) Ainsi, il n'y a pas *translation*, mais *déclaration* de propriété (art. 883) ; le paiement du prix de licitation est garanti par le privilége du copartageant (art. 2109) et non par le privilége du vendeur, etc.

En effet, 1° pour la rescision du partage, la loi se contente d'une lésion de plus du quart; pour la rescision de la vente, elle exige une lésion énorme, une lésion de plus des sept douzièmes. A quoi cela tient-il? A ce que le partage est fondé sur le principe de l'égalité, tandis que, dans la vente, il est permis à chacun des contractants de chercher son avantage au détriment de l'autre. La rescision en matière de partage est conforme à la nature de cette opération (1), et c'est par des raisons d'utilité pratique qu'on ne l'admet qu'autant que la lésion est de plus du quart, — tandis qu'en matière de vente, la rescision est une exception aux principes généraux des contrats; c'est même une dérogation aux règles particulières de la vente, elle est contraire à la nature de ce contrat.

2° Par la même raison, en matière de vente, l'action en res-

(1) Évidemment la proposition de M. Bravard est aussi vraie en matière de société qu'en matière de succession. Il est donc assez singulier que l'art. 1872 du Code Napoléon, dans sa première rédaction (présentée au Conseil d'État par M. Berlier, le 14 nivôse an XII), fût ainsi conçu : « Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux associés; *sauf l'action en rescision pour cause de lésion, laquelle n'est point accordée à ces derniers.* » Aussi, dans la séance du 29 pluviôse an XII de la section de législation du Tribunat, fit-on les observations suivantes, qui ont été et devaient être prises en considération par le Conseil d'État : « Si l'admission de l'action en restitution contre tout partage en général et contre les ventes a d'assez graves inconvénients, ils sont absolument les mêmes et dans le cas du partage d'une succession et dans celui du partage d'une société. Mais ce qui importe essentiellement à la perfection du Code civil, c'est de tenir invariablement aux principes qu'il a consacrés; et, loin de pouvoir assigner de fortes raisons de différence pour admettre la rescision contre un partage de succession et la rejeter contre celui d'une société, l'action n'est que plus favorable dans le deuxième cas, puisque l'égalité, qui est l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement encore à celui d'une société dont elle constitue la nature et l'essence » (Locré, *Législ. civile, commerc. et crim.*, t. XIV, p. 511). Et M. Treilhard, dans l'*Exposé de motifs* présenté au Corps législatif, s'exprime ainsi : « Pour tout ce qui concerne les formes du partage, ses effets et les causes qui peuvent en opérer la rescision, nous avons dû renvoyer au chapitre VI du Titre *des Successions*, qui présente sur cette matière des dispositions auxquelles nous n'avons rien à ajouter » (*Ibid.*, p. 527).

cision n'est admise qu'en faveur d'une seule des parties, du vendeur, jamais en faveur de l'acheteur, — de sorte que, ce dernier eût-il éprouvé une lésion de plus des sept douzièmes, des trois quarts, il ne pourrait demander la rescision. En effet, on peut être forcé de vendre, jamais on n'est forcé d'acheter. L'acheteur est un spéculateur; s'il a mal spéculé, tant pis pour lui. Le vendeur seul est recevable à invoquer la lésion. Au contraire, en matière de partage, la rescision peut être demandée par tout copartageant qui n'a pas obtenu au moins les trois quarts de ce qui lui revenait.

3° En matière de vente, la rescision ne peut pas être demandée par le vendeur, même quand il aurait éprouvé une lésion de plus des sept douzièmes, si la chose vendue est mobilière; — tandis qu'en matière de partage, cette circonstance est indifférente. Cela se rattache à une préoccupation constante des rédacteurs du Code Napoléon en faveur des immeubles, à leur idée de conservation des immeubles dans les familles. D'ailleurs, en matière d'immeubles, la lésion est plus à craindre, parce que la concurrence est plus limitée.

4° Enfin, il y a entre l'action en rescision du partage et l'action en rescision de la vente, une différence extrême quant à la durée de ces deux actions. La première dure dix ans; la seconde est limitée à deux ans, à partir du jour de la vente, et c'est là un de ces délais préfixes qui courent contre toute personne, capable ou incapable, majeure ou mineure, présente ou absente, contre les interdits et les femmes mariées (1).

Il y a, au Titre *des Successions*, d'autres dispositions dont

(1) Code Napoléon, art. 1676 2e alinéa. On a souvent signalé, dans cette disposition, une certaine inexactitude : il semblerait que la prescription en général est suspendue au profit des absents et des femmes mariées. Or il n'en est rien, comme on peut s'en convaincre en lisant les art. 137 et 2254. En ce qui concerne les mineurs et les interdits, j'ai déjà eu occasion de le remarquer, les petites prescriptions ne sont pas suspendues à leur profit (Voy., ci-dessus, p. 460 et 461).

l'application à la matière des sociétés présente plus de difficulté.

En matière de succession, chacun des cohéritiers a le droit de demander qu'on lui attribue sa part en nature dans les objets composant la masse (art. 826). En est-il de même en matière de société? Ne pourrait-on pas forcer un ou plusieurs des associés, malgré leur opposition, à recevoir, au lieu d'une part en nature, une somme d'argent? Ne pourrait-on pas faire vendre la chose commune, malgré l'opposition de quelques associés, pour en partager le prix?

L'attribution en nature est-elle de rigueur en matière de société comme elle l'est en matière de succession?

Et d'abord il faut bien comprendre l'intérêt pratique de la question. Il peut se faire que dans la masse partageable se trouvent un ou plusieurs objets, meubles ou immeubles, qui, bien que susceptibles de se partager en autant de parts qu'il y a de co-associés, perdraient cependant beaucoup, par suite de ce fractionnement, de leur valeur vénale; de sorte que, lorsqu'un ou plusieurs des co-associés voudraient vendre leurs parts, ils en retireraient une somme beaucoup moindre que celle qui leur reviendrait dans le prix total si l'objet était vendu en bloc. On comprend donc qu'ils auront intérêt à demander qu'au lieu de partager cet effet, on le vende pour en répartir le prix entre eux et leurs co-associés.

En auront-ils le droit?

Les cohéritiers ne l'auraient pas : l'art. 826 le leur refuse. Mais cet article est-il applicable au partage des sociétés? C'est là qu'est la question.

Il est bien vrai que l'art. 826 a pour but de conserver les biens dans les familles, et que cette considération est étrangère au partage des sociétés. Il est bien vrai encore qu'en matière de succession, certains biens peuvent avoir pour les cohéritiers un prix d'affection, et qu'il n'y a rien de semblable en matière de société : le fait seul d'avoir mis une chose en société prouve qu'elle n'avait pas pour le propriétaire un prix d'affection, car

il l'a aliénée, et il n'est pas sûr de jamais la recouvrer, puisqu'elle sera perdue pour lui si l'actif est dépassé ou absorbé par le passif; et, y eût-il un excédant d'actif, il peut se faire que, par l'événement du partage, elle tombe dans le lot d'un autre associé.

Mais l'art. 826 est fondé sur une raison de droit qui paraît tout aussi bien applicable au partage des sociétés qu'à celui des successions, sur un droit de copropriété que chacun des cohéritiers a sur tout ce dont se compose la masse. Ce droit de copropriété n'appartient-il pas également à chacun des coassociés, et ne serait-ce pas le méconnaître, y porter atteinte, le transformer en un droit d'une tout autre nature, en un droit purement personnel, en un droit de créance, que de faire vendre la chose au lieu de la partager en nature, que de forcer les coassociés à recevoir leur part en argent?

Voilà l'argument auquel il faut répondre. Or, il est possible d'y répondre de deux manières:

D'abord la société est une personne juridique, qui cesse sans doute pour l'avenir à partir de la dissolution, mais qui n'en subsiste pas moins pour le passé. Quant aux actes accomplis, quant aux droits préexistants, on peut dire que jusqu'au partage inclusivement, le droit de propriété de la société sur ce qui compose son actif subsiste, que le droit de copropriété des associés ne commencera véritablement qu'après le partage, que jusque-là dans leurs rapports avec la société l'actif conserve son caractère d'actif social, qu'il est plutôt la propriété de la société que celle des associés (1). On écarterait ainsi l'art. 826.

Mais à cette première considération il faut en ajouter une seconde, qui la corrobore, et qui suffirait seule pour soustraire

(1) Cela me paraît bien subtil. En effet, il y a partage, personne ne peut le nier, entre les différents associés, leurs héritiers ou ayant cause; or le partage présuppose nécessairement une indivision, une copropriété. C'est seulement au point de vue de la liquidation, pour se rendre compte de la fonction du liquidateur, que l'on peut, jusqu'à un certain point, considérer l'être moral comme survivant à la dissolution de la société.

le partage des sociétés à l'application de l'art. 826. L'indivision, en matière de société, est un fait prévu, convenu d'avance. L'indivision est implicitement comprise dans le contrat même de société : car, comme j'ai déjà eu occasion de le dire, on ne se met en société que pour cesser d'y être un jour, pour s'en retirer, avec avantage, à l'époque indiquée pour la dissolution (1). Or, quel est le but de toute société? C'est de procurer un bénéfice aux associés ; et dès lors n'est-ce pas se conformer au contrat, à l'intention qui y a présidé, que de procéder, quand il s'agit du partage, de la manière la plus profitable aux associés, — de faire vendre la chose, au lieu de la partager en nature, quand il est constant, en fait, que la valeur qui reviendra en numéraire à chacun des associés sera supérieure à la valeur qu'aurait la part qui leur reviendrait en nature?

C'est en ce dernier sens que la question a été décidée par la Cour d'appel de Paris (2), et je crois qu'elle a été très-bien décidée.

— Une autre disposition du Titre *des Successions*, dont l'application peut être contestée en matière de société, c'est la disposition de l'art. 841, qui permet à un cohéritier d'évincer le cessionnaire de son cohéritier en lui remboursant le prix de la cession (3). Cette disposition est-elle applicable au partage des

(1) Voy., ci-dessus, p. 384 et la note.

(2) D'après M. Bravard lui-même (*Manuel de droit commercial*, p. 127 de la 6e édition), l'arrêt de la Cour de Paris serait du 8 mars 1851. Il m'a été impossible de retrouver cet arrêt. Du reste, la Cour de Lyon, par un arrêt du 23 juillet 1856, semble bien ne point reconnaître aux juges le pouvoir d'appréciation que M. Bravard veut leur conférer. Dans l'espèce, le tribunal de commerce de Lyon, sur la demande de l'un des associés, avait ordonné la vente par voie de licitation du matériel de la société. La Cour constate que les convenances personnelles de l'un des associés demandent le partage, et que les convenances personnelles de l'autre demandent la licitation. Puis elle déclare « qu'entre ces prétentions opposées, — tou-« tes deux dignes d'égards, mais inconciliables, — la justice doit s'en tenir à « ce qui est de droit commun, au partage » (Dev.-Car., 58, 2, 204).

(3) Le cohéritier qui évince ainsi le cessionnaire de son cohéritier exerce ce qu'on appelle ordinairement *le retrait successoral*.

sociétés? On le prétend, et on se fonde sur l'art. 1872 combiné avec l'art. 841. Mais, d'une part, les termes de l'art. 1872 sont plutôt contraires que favorables à cette opinion, car ce cas n'y rentre pas. D'autre part, l'art. 841 est une exception au droit commun, une dérogation au principe de la liberté des conventions; on ne peut pas étendre cette disposition à un cas pour lequel les considérations qui l'ont fait admettre dans la loi ne sauraient être invoquées. En effet, qu'a-t-on voulu par cet art. 841? Empêcher les étrangers de pénétrer dans les secrets des familles, de les divulguer. Or, en matière de société, il n'y a pas de secrets de famille, il y a tout au plus des secrets d'affaires; et, quand la société est dissoute, la divulgation de ces secrets n'a pas d'inconvénient : elle ne peut pas nuire au crédit de la société, qui n'a plus besoin de crédit, puisque son rôle actif est terminé et qu'elle est réduite à un état purement passif (1).

Mais, pour lever tous les doutes, il suffit de se reporter à une distinction qui trouve ici son application. Si la société est une société de choses, une société par actions, il est clair que les actionnaires pourront librement céder leurs droits, après la dissolution de la société, puisqu'ils le pouvaient même pendant l'existence de la société, et qu'il n'y aura pas plus dans un cas que dans l'autre de faculté de retrait. Lors même que la société serait une société de personnes, une société en nom collectif, à partir de la dissolution, les rapports personnels qui rattachaient

(1) Cette première considération ne me paraîtrait pas suffisante pour nous autoriser à dire que l'art. 841 est inapplicable en matière de société. En effet, est-il bien vrai que cet article ait pour but d'empêcher qu'un étranger ne puisse venir porter un regard curieux dans les affaires de la famille? Non : telle n'est pas la pensée du législateur. La preuve, c'est que, dans l'art. 882, il autorise tous les créanciers de chacun des cohéritiers à intervenir dans les opérations du partage. Le véritable but, la véritable utilité de l'art. 841, c'est de permettre d'écarter un individu qui, préoccupé seulement du désir de faire un bénéfice, apporterait dans les opérations du partage un esprit processif et par là même les entraverait constamment. Cela étant, en nous plaçant uniquement au point de vue de l'idée qui a fait établir le principe de l'art. 841, il y aurait tout autant de raison pour l'appliquer en matière de société qu'en matière de succession.

les associés les uns aux autres et à la société cessent; ils sont remplacés par des rapports matériels, purement pécuniaires. Aussi chacun des associés peut-il, ce qu'il ne pouvait pas jusque-là, céder ses droits à un tiers, comme si la société était par actions. Le principe de la cession est le même que dans les sociétés par actions, la cessation de tout rapport personnel, et dès lors il n'y a pas plus de faculté de retrait que si la société était par actions. C'est une conséquence à laquelle on est logiquement conduit par la comparaison que j'ai faite entre les sociétés de personnes et celles de choses, sociétés qui, essentiellement différentes tant qu'elles durent, se ressemblent et se confondent une fois qu'elles sont dissoutes.

Ajoutons que, si les associés croient qu'il y a des inconvénients à ce que l'un d'eux cède ses droits à un tiers après la dissolution, ils peuvent convenir que cette cession n'aura pas lieu, et alors on sera tenu de se conformer à la convention (1). Le législateur n'avait donc pas besoin d'intervenir ici, puisque les associés peuvent pourvoir eux-mêmes à leur sécurité, s'ils craignent qu'elle ne soit compromise par la cession dont il s'agit, — tandis qu'en matière de succession, outre que les inconvénients seraient d'une autre nature et bien plus graves, l'intervention du législateur était nécessaire pour les prévenir : car l'indivision ne résulte pas, comme en matière de société, d'un contrat dans lequel les parties peuvent insérer toutes les clauses qu'elles croient nécessaires ou utiles à leurs intérêts, mais d'un simple quasi-contrat. Il faut donc que le législateur fasse ce que les parties elles-mêmes ne pourraient faire.

En somme, on voit qu'il y a toutes sortes de raisons pour ne pas étendre au partage des sociétés l'art. 841 (2).

(1) Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 novembre 1856, présuppose que la société peut très-valablement se réserver le droit d'exercer le retrait dans le cas où l'un des associés vendrait son intérêt (Dev.-Car., 57, 1, 516).

(2) Voy. en ce sens MM. Troplong (t. II, nos 1059 et 1060), Delangle (t. II, nos 713 et 714), Aubry et Rau (t. III, § 359 *ter*, p. 328 de la 3e édition), Bédarride (t. II, no 504), et Alauzet (t. I, no 294). En sens contraire, M. Par-

— * Enfin l'article 792 du Code Napoléon, aux termes duquel les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une succession ne peuvent prétendre aucune part dans les objets divertis ou recélés, cet article doit-il être appliqué au cas où, une société étant dissoute, un des associés a diverti ou recélé des objets compris dans la masse sociale? Je ne connais sur cette question qu'un seul arrêt. Il a décidé que l'article 792 n'est pas applicable en matière de société. Voici les considérations qu'on avait invoquées en ce sens, considérations qui effectivement doivent faire repousser toute extension de la disposition dont il s'agit.

D'abord on ne peut nier que l'article 792 établit une véritable peine contre les héritiers ; or, quand le législateur édicte une peine, il est de principe que le juge n'a pas le pouvoir de l'étendre à des cas plus ou moins analogues à celui pour lequel la peine est édictée. La loi elle-même s'est prononcée en ce sens, relativement à la pénalité particulière de notre article 792. En effet, comme l'article 1872 renvoie au Titre *des Successions* pour le partage d'une société, de même l'article 1476 renvoie au Titre *des Successions* pour le partage de la communauté entre époux ; et la preuve que ce renvoi n'embrasse pas par lui-même la disposition de l'article 792, c'est que le législateur, voulant que cette disposition s'applique en matière de communauté aussi bien qu'en matière de succession, a pris la peine de le dire d'une manière spéciale et formelle dans l'article 1477. — Du reste, l'article 1872, pas plus que l'article 1476, ne renvoie purement et simplement au Titre *des Successions :* ces deux articles renvoient *aux règles établies pour les partages entre héritiers, aux règles concernant le partage des successions.* Or, d'une part, l'article 792 n'est pas dans le chapitre *du partage ;* et, d'autre part, à proprement parler, la règle qu'il pose n'est pas une règle *concernant le partage.*

dessus (t. III, n° 1085). En ce dernier sens, on peut encore invoquer par analogie un arrêt de la Cour de Riom, du 23 novembre 1848, qui a jugé que l'art. 841 est applicable en matière de communauté entre époux (Dev.-Car., 49, 2, 85).

D'ailleurs, au fond, on s'explique qu'il y ait une différence entre l'héritier et l'associé. L'héritier qui recèle ou divertit des objets de la succession viole non-seulement des rapports d'intérêt, mais des rapports de famille : on conçoit que la répression contre lui soit sévère. A un autre point de vue, l'héritier est d'autant plus coupable que la loi lui permet, ce qu'elle ne permet pas à l'associé, de se soustraire à toutes les charges en renonçant. Enfin, au cas de succession, i est en général plus difficile d'exercer dès l'origine un contrôle sérieux et efficace sur les éléments divers dont se compose la masse commune : précisément parce que le recel ou divertissement est facile, il est bon que l'héritier qui s'en rendrait coupable soit soumis à une peine particulière (1). *

IV. — DES CONTESTATIONS ENTRE ASSOCIÉS.

Je n'ai plus, pour terminer la matière des sociétés, que quelques mots à dire d'une loi nouvelle qui a supprimé une *section* de ce Titre, la section II (2), qui était consacrée aux contestations entre associés et à la manière de les décider, qui soumettait ces contestations à l'appréciation de juges spéciaux, d'arbitres ; c'est ce qu'on appelait *l'arbitrage forcé*.

Cette institution remontait à une époque très-ancienne ; elle a subsisté sans interruption pendant près de trois siècles, de 1560 à 1856 (3).

(1) Voy. l'arrêt de la Cour d'Angers, du 22 mai 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 599). Voy. aussi MM. Aubry et Rau, t. III, § 385, p. 416 de la 3e édition.

(2) Bien que l'art. 64 fasse partie de cette section II, il est toujours en vigueur. La loi abroge seulement les art. 51 à 63.

(3) Il n'est pas tout à fait exact de dire que l'arbitrage forcé a subsisté *sans interruption* pendant près de trois siècles. Un édit de François II, du mois d'août 1560, avait enlevé aux tribunaux ordinaires la connaissance des procès entre marchands, notamment entre associés, et avait voulu que ces procès fussent soumis à des arbitres. Mais, peu de temps après, furent

C'est une loi du 17 juillet 1856, rendue le même jour que celle sur les commandites par actions, qui a supprimé cette institution séculaire. L'arbitrage forcé fut pour la première fois mis en question en 1838. A cette époque, comme je l'ai dit précédemment (1), un projet de loi sur les commandites par actions fut présenté à la Chambre des députés; et, quoiqu'il n'y eût aucun rapport entre l'institution de l'arbitrage, d'une part, la société en commandite et les abus qu'on voulait détruire, d'autre part, on avait inséré dans ce projet une disposition qui supprimait l'arbitrage forcé. Ce projet ne fut pas voté, et l'arbitrage continua, comme la société en commandite, de fonctionner sans modifications, jusqu'en 1856. A cette dernière époque, un projet de loi fut soumis au Corps législatif, à l'effet, non plus de supprimer la commandite par actions, mais de la réglementer; et à ce projet en fut joint un autre qui supprimait l'arbitrage forcé. Ces deux projets furent votés le même jour par le Corps législatif; les lois portent toutes deux la date du 17 juillet 1856.

Il y aurait beaucoup à dire sur la suppression de l'arbitrage comme juridiction spéciale et obligatoire pour les contestations entre associés, juridiction qui avait subsisté pendant trois siècles, qui avait rendu d'incontestables services, et qu'on a supprimée sans essayer de la conserver en l'améliorant, en l'amendant. Mais cette discussion ne serait pas ici à sa place (2), et je me

institués les tribunaux consulaires, et ils eurent notamment dans leurs attributions les contestations entre associés. Du reste, il était assez d'usage qu'une clause spéciale de l'acte de société rendît l'arbitrage obligatoire. Cet usage fut transformé en loi par l'Ordonnance de 1673, dont le Titre IV contenait un art. 9, ainsi conçu : « Toute société contiendra la clause de « se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendront entre « les associés; et, encore que la clause fût omise, un des associés en pourra « nommer, ce que les autres seront tenus de faire; sinon, il en sera « nommé par le juge pour ceux qui en feront refus. »

Lors de la discussion du Code de commerce au Conseil d'État, le système de l'arbitrage forcé rencontra une vive opposition. Il finit cependant par prévaloir.

(1) Voy., ci-dessus, p. 270.

(2) Voici seulement un passage du rapport de la Commission du Corps législatif, qui indique bien les objections auxquelles donnait lieu l'arbitrage

borne à examiner une question, d'un grand intérêt au point de vue théorique et pratique, qui s'est élevée depuis la promulgation de cette loi.

forcé, et qu'on lira certainement avec intérêt : « On avait voulu une juridiction paternelle, une sorte de tribunal de famille, chargé de prévenir les procès autant que de les juger. Dans la pratique, les arbitres n'ont été le plus souvent que des hommes sans autorité morale sur les plaideurs, remplaçant tout simplement les juges ordinaires et n'offrant pas toujours les mêmes garanties que ces derniers, qui sont liés par un serment solennel, investis d'un mandat public, et qui répondent mieux, devant l'opinion, des décisions qu'ils ont à rendre.

« On avait voulu des juges pris parmi les commerçants et offrant des aptitudes spéciales. Eh bien! en réalité, les commerçants n'acceptent que très-rarement d'être arbitres : soit parce qu'ils sont les premiers à comprendre qu'ils n'ont pas toujours les connaissances nécessaires pour résoudre les diverses questions qu'un procès présente, soit parce qu'ils n'ont pas le temps de s'occuper des affaires d'autrui, absorbés qu'ils sont par leurs affaires propres, soit enfin parce qu'ils se soucient peu de se mêler, sans y être obligés, à un litige qui ne leur vaudra le plus souvent que la rancune presque inévitable de la partie qu'ils auront condamnée. Les commerçants s'abstiennent donc, et c'est parmi les hommes d'affaires, le plus souvent parmi leurs défenseurs, que les associés choisissent leurs juges. Ceux-ci apportent sans doute dans le tribunal arbitral les meilleures intentions du monde; mais ils y apportent aussi le désir instinctif de trouver le bon droit du côté de celui qui les a nommés, et il faut croire qu'ils parviennent difficilement à se mettre au-dessus de cette influence secrète qui les assiége, puisqu'ils aboutissent presque toujours à un partage. C'est alors que surgit le tiers-arbitre, le premier peut-être qui entre dans l'examen du débat avec de véritables conditions d'impartialité, et qui n'est plus libre de juger selon ses appréciations et selon sa conscience, mais qui est obligé d'opter entre deux avis dont aucun peut-être ne lui paraît conforme à la justice.

« On avait voulu une expédition plus prompte des affaires, et il s'est rencontré qu'il n'y avait pas de juridiction plus propice aux incidents, aux lenteurs et aux exceptions dilatoires, que la juridiction arbitrale...

« Enfin on avait voulu une justice sans frais, et il s'est trouvé que presque toujours les plaideurs ont eu à payer des honoraires à leurs juges, sans avoir seulement contre leur exagération la garantie de la taxe ou de la dignité professionnelle. »

On peut également consulter l'*Exposé des motifs* présenté au Corps législatif dans la séance du 28 mai 1856. On y verra notamment qu'en 1837 le gouvernement cédait au vœu exprimé par le tribunal de commerce de Paris, quand il insérait dans le projet de loi sur les sociétés en commandite un article qui supprimait l'arbitrage forcé; qu'en 1850 le même tribunal

Aujourd'hui, les contestations entre associés et à raison de la société sont, comme toutes les autres contestations commerciales, de la compétence des tribunaux de commerce. Mais ne pourrait-on pas valablement convenir, dans l'acte même de société, comme en formant tout autre contrat, que, s'il s'élevait des contestations entre les parties, elles seraient jugées par des arbitres qu'elles nommeraient quand la contestation serait née, ou qui, faute par elles de s'entendre, seraient nommés par la justice?

Il y a des personnes qui s'imaginent que cette clause est incompatible avec la loi nouvelle qui supprime l'arbitrage forcé en matière de sociétés. C'est là une erreur manifeste : la loi de 1856 n'a aucun trait à cette question. Elle a supprimé l'arbitrage comme juridiction spéciale et obligatoire : elle a replacé, à cet égard, les associés sous l'empire du droit commun. Mais elle n'a nullement entendu leur enlever le bénéfice que le droit commun accorde à toutes personnes de faire juger, si bon leur semble, leurs contestations par des arbitres.

La difficulté n'est pas là. Elle naît d'un article du Code de procédure, l'art. 1006, qui exige pour le compromis la désignation des arbitres et des objets en litige. Or, comment indiquer les objets en litige quand le litige n'existe pas encore, et qu'on ne sait pas même si jamais il existera? Donc, pas de compromis, pas de nomination d'arbitres possible avant que la contestation soit née. Telle est la conséquence qui résulte de l'article 1006. Or, cette conséquence, je l'admets. Je la trouve rationnelle et sage : car, évidemment, on ne peut pas nommer des arbitres en connaissance de cause sans savoir sur quoi ils seront appelés à prononcer. Le choix des arbitres doit être en rapport avec la nature des contestations : telle personne pourra être parfaitement apte à juger d'une contestation de certaine

rédigea un projet de loi qui supprimait l'arbitrage forcé dans les sociétés par actions, le rendait facultatif dans les autres sociétés et fixait à trois le nombre des juges qui devaient composer le tribunal arbitral; enfin, qu'en 1856 le même tribunal de Paris revint à son vœu de 1837 et se prononça pour la suppression pure et simple de l'arbitrage forcé.

nature, qui le serait fort peu pour juger des contestations d'une autre nature. Pour prononcer sur une question de droit, on fera choix d'un avocat; pour prononcer sur une question de fait, on préférera un juge de commerce ou un avoué. C'est donc avec grande raison que l'art. 1006 exige qu'on attende pour nommer les arbitres que la contestation soit née, et exige, à peine de nullité, que le compromis contienne, tout à la fois, la désignation des arbitres et celle des objets en litige.

Mais s'ensuit-il qu'on ne puisse pas convenir d'avance, dans un contrat de société, comme dans tout autre contrat, que, s'il s'élève une contestation à l'occasion de ce contrat, on nommera, quand elle sera née, des arbitres pour la décider, ou qu'on s'en rapportera pour leur nomination à la justice (1)? Cette convention n'est certainement pas un compromis. Elle précédera de beaucoup le compromis, qui peut-être n'aura jamais lieu; elle en est donc parfaitement distincte, et ne rentre pas dans le cas prévu par l'art. 1006. Elle est complétement en dehors des termes et de la disposition de cet article, puisque, encore une fois, elle ne constitue pas un compromis.

(1) Je crois bien que la Commission du Corps législatif l'entendait ainsi. Du reste, il semble qu'à ses yeux il y ait en matière de société une raison de plus pour proscrire la clause. Voici, en effet, ce que je lis dans le rapport : « Conduits par l'examen et la réflexion à la suppression de l'arbitrage forcé, nous n'avons plus eu qu'à nous demander si les parties ne pourraient pas volontairement s'y soumettre dans l'acte constitutif de la société, — en d'autres termes, s'il n'y aurait pas lieu de trancher en matière de société commerciale la question tant controversée de la validité de la clause compromissoire. Nous ne l'avons point pensé : il nous a paru, au contraire, que, la voie de l'arbitrage volontaire restant toujours ouverte aux parties, leurs véritables intérêts étaient suffisamment satisfaits par la faculté de compromettre. A notre sens, la juridiction arbitrale n'est bonne qu'alors qu'elle est véritablement amiable et volontaire, alors que les parties choisissent leurs juges librement et sans contrainte, pour un litige né et actuel, au jugement duquel elles peuvent réellement appliquer des aptitudes spéciales. Mais autoriser les associés à s'engager, par avance et sans réflexion, à faire juger par des arbitres inconnus des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir par une convention l'arbitrage forcé, désormais effacé de la loi; et nous ne pouvions pas nous rendre coupables d'une pareille inconséquence. »

Cet article écarté, il ne s'agit plus que d'examiner si la convention dont il s'agit a en soi quelque chose de contraire aux principes généraux du droit ou à l'ordre public. La question s'est présentée devant les tribunaux, et la jurisprudence a une tendance assez prononcée à admettre la nullité (1). Mais, s'il se trouvait dans nos Codes un article qui reconnût cette clause comme valable dans un contrat donné, est-ce qu'il ne faudrait pas nécessairement en conclure, d'une part, qu'elle ne constitue pas en elle-même un compromis et que l'art. 1006 ne peut pas

(1) La Cour de Metz, par son arrêt du 25 août 1857, a fait mieux qu'annuler une clause compromissoire qui aurait été insérée dans les statuts d'une société constituée depuis la promulgation de la loi du 17 juillet 1856: elle a donné à cette loi un effet rétroactif, en déclarant abrogée la clause compromissoire insérée en 1854 dans un acte de société. « Attendu, dit la « Cour, qu'à supposer que la société de la verrerie de Pépinville ait été ré- « gulièrement constituée à partir de 1854, il ne s'ensuit pas que l'art. 44 « des statuts de ladite société, qui attribuait à des arbitres le jugement des « contestations entre les associés, puisse actuellement recevoir son exécu- « tion; qu'en effet la loi du 17 juillet 1856, en abolissant la juridiction de « l'arbitrage forcé, et en ne réservant à cette juridiction que la connaissance « des procédures commencées au moment de sa promulgation, a, par cela « même, annulé la disposition des statuts qui se trouve en désaccord « avec la législation nouvelle; qu'il n'est donc pas possible, dans une ins- « tance commencée depuis la loi de 1856, de se prévaloir, pour attribuer « compétence aux arbitres, d'une stipulation antérieure à ladite loi, dont « l'objet a été précisément d'empêcher ou d'anéantir les clauses de cette « nature » (Dev.-Car., 58, 2, 196). — Il y a là, à mon sens, une confusion manifeste. La loi de 1856, si nous la prenons en elle-même et abstraction faite de l'opinion exprimée par le rapporteur de la Commission du Corps législatif, a pour but d'abroger les art. 51 à 63 du Code de commerce, et non d'empêcher ou d'anéantir la clause compromissoire : l'arbitrage qui aurait lieu en vertu de cette clause serait tout autre chose que l'arbitrage forcé, c'est-à-dire résultant de la seule volonté de la loi.

Comme la jurisprudence, M. Bédarride (Appendice au Commentaire du Titre *des Sociétés*, nos 4, 5 et 6) admet la nullité de la clause qui nous occupe. « Quels que soient les termes de l'acte social, dit-il, l'engagement de s'en référer à arbitres n'est plus qu'une clause compromissoire, des effets de laquelle chaque partie est libre de s'exonérer. Elle ne pourrait sortir à effet que si, persistant après l'ouverture du litige dans l'intention qui les animait avant, il intervenait entre elles une convention désignant la difficulté et le nom des arbitres. » — Voy. aussi M. Dalloz, *Répert.*, art. *Société*, nos 1700 et suiv.

être invoqué contre elle ; d'autre part, qu'elle n'a rien de contraire aux principes généraux du droit et à l'ordre public, qu'elle peut être insérée dans un acte de société plus encore que dans tout autre contrat, puisque, pendant trois siècles, on a considéré l'arbitrage comme tellement approprié à la nature des contestations sociales qu'on ne permettait pas de les faire juger par d'autres juges que par des arbitres? Or, cet article existe ; et, s'il avait été cité dans des espèces où sont intervenus des arrêts contraires à la validité de la clause dont il s'agit, je crois que cette citation les aurait prévenus. C'est l'art. 332, où nous lisons : « Le contrat d'assurance exprime..... la soumission des parties « à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. »

On appelle *police d'assurance* l'acte qui constate le contrat d'assurance. On peut incontestablement insérer dans cet acte une clause par laquelle on s'engage, s'il s'élève plus tard des contestations, à les soumettre à des arbitres, qu'on nommera alors ou qui seront nommés par la justice. Dès lors, pourquoi ce qui est permis en matière d'assurance ne le serait-il pas en matière de société? quels inconvénients y a-t-il de plus dans un cas que dans l'autre ? Comment ! on peut insérer cette clause dans une police d'assurance, quoiqu'il n'y ait jamais eu en matière d'assurance d'arbitrage forcé, parce que les contestations qui s'élèvent en cette matière ne réclament pas plus que d'autres une décision arbitrale, et l'on ne pourrait pas l'insérer dans un acte de société, où elle est particulièrement indiquée, à tel point que pendant trois siècles, l'arbitrage était obligatoire et de rigueur pour les contestations entre associés? Non, cela n'est pas possible, car ce serait véritablement absurde. Les tribunaux ont sans doute la plus grande latitude pour apprécier ce qui est conforme ou contraire à l'ordre public ; mais il ne leur est pas permis de substituer leur volonté à celle de la loi. Or, la loi, dans l'art. 332, a reconnu la validité de la clause dont il s'agit ; elle l'a formellement consacrée.

La clause qui nous occupe est donc, en elle-même, parfaitement compatible avec l'art. 1006 du Code de procédure ; elle

n'a rien que de conforme aux principes généraux du droit. Elle peut donc être insérée dans tous les contrats, mais particulièrement, et à plus forte raison, dans le contrat de société, auquel elle est plus particulièrement appropriée qu'à tout autre. Les objections qu'on fait contre cette clause s'appliqueraient tout aussi bien, si elles avaient le moindre fondement, en matière d'assurance qu'en toute autre matière, au contrat d'assurance qu'à tous les autres; et, puisque la clause est permise dans une police d'assurance, elle ne saurait être réprouvée dans un acte de société.

APPENDICE (Ch. D.).

1° DES SOCIÉTÉS DE COMMERCE CONSTITUÉES EN PAYS ÉTRANGER.

Je me propose d'examiner ici quelles règles doivent être appliquées en France aux sociétés constituées en pays étranger, d'après quels principes les tribunaux français doivent décider les contestations dont ils peuvent être saisis relativement à ces sociétés.

D'abord il ne se présente point, en matière de société, de difficulté particulière en ce qui concerne les conditions intrinsèques requises pour la validité du contrat et la preuve de ce même contrat. Sur ces deux points, il n'y a qu'à suivre les principes généraux du droit international privé. Ainsi, les tribunaux français devront considérer comme n'ayant pu s'obliger en qualité d'associé celui qui en était déclaré incapable par sa loi person-

nelle (1); au contraire, ils devront faire abstraction de toute loi étrangère, et ne se préoccuper que de la loi française, quand la question sera de savoir si l'objet de la société n'est pas contraire à l'ordre public (2). Les mêmes tribunaux français, quand il s'agira de prouver devant eux l'existence du contrat de société ou quelque autre fait qui s'y rattache, devront admettre les modes de preuve reconnus par la loi du lieu où l'on prétend que le contrat s'est formé, que le fait a eu lieu (3).

Il n'y a pas non plus grande difficulté en ce qui concerne l'organisation et le mode d'action des sociétés. A cet égard, tout peut être abandonné à la volonté, aux conventions des parties; il est possible aussi qu'il existe une loi impérative. Pour savoir si les parties sont absolument libres d'organiser la société comme bon leur semble ou si, au contraire, elles doivent se conformer à certaines dispositions de loi, quelle législation consulterons-nous? Il me semble évident que c'est celle du lieu où la société va exister, va établir son domicile. Cette législation détermine si certaines règles doivent être observées, et quelles sont ces règles; de même, elle sert à interpréter les conventions des parties. Je traite ici la société comme de tout temps on a traité le régime des biens entre époux : on a toujours reconnu que ce régime est soumis à la loi du domicile du mari, domicile qui devient le *domicilium matrimonii* (4). — Ainsi, par exemple, nous n'appliquerons pas à une société établie en pays étranger les dispositions de la loi du 17 juillet 1856 : lors même qu'il s'agirait d'une commandite par actions, nous n'exigerons pas qu'il y ait un conseil de surveillance, si cela n'est pas exigé par la loi du siége social.

Il faut en dire autant de la publication. C'est à la loi du lieu où la société a son domicile qu'il appartient de décider si la société

(1) Voy. le *Traité de droit international privé* par M. Fœlix, 3e édition, t. I, nos 30 et suiv., 87 et suiv.

(2) Fœlix, *op. cit.*, t. 1er, no 15.

(3) Fœlix, *op. cit.*, t. 1er, nos 73 et suiv., 224 et suiv.

(4) Fœlix, *op. cit.*, t. 1er, no 90.

doit être rendue publique, par quels moyens la publication devra être effectuée, et quels effets sont attachés à cette publication. Ainsi, en principe, nos tribunaux ne pourraient pas méconnaître l'existence d'une société qui a son siége en pays étranger, ou ne lui faire produire qu'une partie des effets dont elle est susceptible, sous prétexte qu'elle n'aurait reçu aucune publicité en France (1).

Mais voici une question qui a donné lieu à de graves controverses et sur laquelle nous nous arrêterons un instant :

Lorsqu'une société établie en pays étranger est de telle nature que, d'après la loi française, elle ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement, devons-nous exiger de cette société qu'elle obtienne l'autorisation du gouvernement français pour pouvoir exercer en France ses droits de personne morale, par exemple pour pouvoir plaider devant nos tribunaux?

L'art. 37 du Code de commerce, aux termes duquel une société anonyme ne peut exister sans l'autorisation du gouvernement, est véritablement une loi de police : pour tenir lieu de la responsabilité personnelle qui n'existe ici à la charge d'aucun des associés, il faut, dans un intérêt public, que le gouvernement intervienne, il faut qu'il s'assure de la moralité de l'entreprise et que les tiers aient du moins la garantie qui résulte de son approbation. S'il en est ainsi, nous devons décider qu'une société anonyme étrangère ne peut jamais fonctionner en France,

(1) « Les formalités concernant la publicité des actes de société, dit très-bien M. Fœlix (*op. cit.*, t. II, n° 311), sont régies par la loi du lieu où se trouve le siége de la société... Il suffit que les formalités prescrites pour la publicité de l'acte de société dans le lieu du siége de la société aient été remplies; l'accomplissement d'autres formalités ne saurait être requis, et il ne suppléerait pas à l'inobservation des premières. Par une conséquence ultérieure, lorsque, après la dissolution de la société, l'un des associés transporte son domicile dans un État autre que celui où se trouvait le siége de la société, et qu'il est poursuivi par un tiers qui a contracté avec celle-ci, les engagements de l'ex-associé se règlent d'après la loi du lieu du siége de la société dissoute, et non pas d'après la loi du nouveau domicile, et l'affiche de l'acte de société faite au lieu de son siége peut être invoquée par le tiers comme formant le contrat des parties. »

exercer les droits d'une personne, tant qu'elle n'a pas été autorisée par le gouvernement français : en effet, pour ce qui est de police et de bon ordre, pour ce qui touche à l'intérêt public, la règle est que le gouvernement doit apprécier par lui-même, qu'il ne peut pas s'en rapporter d'une manière générale aux législateurs ou aux gouvernements étrangers. Cependant, jusqu'à ces derniers temps, jusqu'à la loi du 30 mai 1857, on s'était montré en France très-tolérant à cet égard : poussant à l'excès le principe de la *comitas inter gentes*, on n'exigeait pas des sociétés anonymes établies en pays étranger qu'elles eussent obtenu l'autorisation du gouvernement français pour pouvoir plaider devant nos tribunaux. J'emprunte à l'exposé des motifs présenté au Corps législatif, le 4 avril 1857, le récit des circonstances qui ont rendu nécessaire la loi que je viens de citer :

« De 1840 à 1849, des doutes se sont élevés en Belgique : les tribunaux et les Cours d'appel se sont d'abord divisés; la Cour de cassation de Bruxelles elle-même s'était prononcée en sens divers, lorsqu'enfin, en 1849, elle fixa invariablement sa jurisprudence par un arrêt solennel de toutes les Chambres réunies, qui refusait aux associations françaises le droit d'ester devant les tribunaux belges. — Cette jurisprudence occasionna aux sociétés françaises une grande surprise et d'immenses embarras. Le gouvernement français s'en émut, et peut-être aussi le gouvernement belge, qui pouvait être exposé à des représailles. En exécution d'une convention annexée au traité de commerce du 27 février 1854, le gouvernement belge promulgua, le 14 mars 1855, une loi dont l'art. 1er autorise les associations anonymes, commerciales, industrielles ou financières, françaises, à exercer tous leurs droits et à ester en justice en Belgique, toutes les fois que les associations de même nature, légalement établies en Belgique, jouiront des mêmes droits en France...

« En présence de cette disposition, les sociétés anonymes françaises reprennent courage et vont s'adresser aux tribunaux belges, sans même soupçonner que, pour établir la réciprocité,

condition essentielle du droit que la loi belge leur reconnaît, elles soient obligées de fournir d'autre preuve que celle de la jurisprudence notoire des tribunaux français, qui n'a jamais fait défaut aux associations belges. Elles se trompaient pourtant : on leur répondit que le principe sur lequel avait été fondée originairement cette jurisprudence avait reçu en Belgique une interprétation toute contraire qui, au premier jour, pouvait être suivie en France ; que ce n'était pas d'une autorité aussi incertaine, aussi facilement muable, que la loi avait entendu faire dépendre la réciprocité qui, aux termes de la déclaration annexée au traité de commerce, devait régir les associations des deux pays. »

Une loi était donc nécessaire. Cette loi fut, en effet, présentée par le gouvernement et votée par le Corps législatif. C'est la loi du 30 mai 1857, qui est ainsi conçue :

« Art. 1er. Les sociétés anonymes, et les autres associations, « commerciales, industrielles ou financières, qui sont soumises « à l'autorisation du gouvernement belge et qui l'ont obtenue, « peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, « en se conformant aux lois de l'Empire.

« Art. 2. Un décret impérial, rendu en Conseil d'État, peut « appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'art. 1er » (1).

La signification de cette loi est expliquée, du moins à certains égards, dans le rapport de la Commission du Corps législatif. Je crois donc devoir le reproduire ici en partie, sauf à ajouter en note quelques brèves observations.

« La loi, dit le rapport, s'applique particulièrement aux sociétés anonymes, — auxquelles, par un motif de prudence facile à justifier, on a joint les autres associations qui, sans être anonymes, sont néanmoins soumises à l'autorisation préalable, comme intéressant l'ordre, la morale et la sécurité publics...

« Ainsi protégées et reconnues par la loi, les sociétés anonymes et autres, dûment autorisées, jouiront en France de *tous*

(1) *Bulletin des lois*, 503, nº 4378.

leurs droits (1). Quels sont le sens et la portée qu'il faut donner à ces mots ? Si cette expression, rapprochée de celle d'*ester en justice*, ne devait se rapporter qu'aux droits nécessaires pour exercer une action devant les tribunaux, elle formerait un pléonasme, qu'il serait peut-être utile de faire disparaître. Si, au contraire, comme votre Commission est disposée à le penser, ces droits doivent être plus étendus, l'expression devra s'entendre nécessairement de *tous les droits* qu'exercent les sociétés non anonymes et les individus non sujets à autorisation, droits pour l'exercice desquels les sociétés anonymes non autorisées dans l'un des deux pays s'y trouvaient frappées d'incapacité par l'article 37 du Code de commerce, droits que les deux gouvernements leur ont toujours contestés en principe (2) : elles en jouissaient par tolérance, elles en jouiront légalement et sous la seule mais importante condition de *se conformer aux lois de l'Empire*.

« Quelle est l'étendue qu'il faut donner à cette expression ? Une disposition semblable est insérée dans la loi belge; elle a vivement préoccupé la Commission du Sénat de Belgique, après avoir provoqué, dans la séance de la Chambre des Représentants du 5 février 1855, une discussion qui a dû tourner au profit de l'examen que votre Commission avait à en faire également. M. le ministre des affaires étrangères de Belgique, interrogé sur ce qu'il entendait par *les lois du Royaume*, donna à cette expression un sens très-limité : ces mots signifieraient, selon lui, que, pour tous les actes qui se passeront en Belgique, ce ne sera pas la loi étrangère, mais la loi belge, qu'il faudra observer. — Le rapporteur de la Commission du Sénat leur donnait une extension bien autre, en demandant que les sociétés anonymes françaises, placées au même rang que les sociétés anonymes

(1) La loi dit, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, qu'elles *pourront exercer tous leurs droits*.

(2) Le rapporteur ne donne aucun exemple de ces droits. On peut citer le droit de prendre une inscription hypothécaire, le droit de faire une saisie-arrêt, etc.

belges, fussent obligées, pour se conformer aux lois, de se soumettre, comme ces dernières, à toutes les formalités de dépôt, de contrôle et de publicité imposées par le Code de commerce. — Une autre opinion s'est formulée, qui, sans méconnaître l'utilité et les avantages d'une publicité quelconque, faisait remarquer que, si les sociétés étrangères n'étaient pas soumises aux mêmes formalités que les belges, c'était un avantage de plus en faveur de ces dernières, qui, offrant plus de garanties, conserveraient plus de chances de préférence. — D'autres demandaient seulement l'insertion obligatoire au *Moniteur* belge des statuts et de l'ordonnance du gouvernement français. C'était restreindre un peu trop peut-être la portée si large et si complète de cette expression *lois du Royaume* ou *lois de l'Empire*.

« Votre Commission, édifiée par ce débat sur les difficultés et peut-être aussi les inconvénients de définitions trop détaillées, pense que les mots *lois de l'Empire* ne comportent pas d'exception, qu'ils doivent être maintenus dans l'article 1er comme une confirmation de ce grand principe que *nos lois* régissent, en même temps qu'elles protègent, tous les individus, nationaux ou étrangers, qui vivent ou viennent se placer volontairement sous leur protection. Il faut les entendre comme les entendait un des hommes éminents de la Belgique, *dans leur sens le plus large et le plus étendu...* »

J'avoue qu'il reste encore dans mon esprit quelque incertitude sur la véritable signification des expressions employées à la fin de l'article 1er, et que j'aurais désiré trouver dans le rapport des indications plus précises. Sans doute, toutes les fois qu'une société anonyme belge passera un acte ou suivra une procédure en France, ce sont *les lois de l'Empire* qui détermineront la forme de cet acte ou de cette procédure : en un mot, on appliquera purement et simplement ici la règle *locus regit actum*, et cela est tellement manifeste que le législateur de 1857 n'avait même pas besoin d'y faire allusion. De même, si une société anonyme belge poursuit un Français devant un tribunal civil, elle pourra être tenue de fournir la caution dite *judicatum*

solvi (1). Cela encore, il me semble, allait de soi. Enfin je comprends que, l'autorisation du gouvernement belge valant autorisation du gouvernement français, permettant à la société de fonctionner comme personne morale en France, aussi bien qu'en Belgique, l'autorisation et les statuts doivent être publiés non-seulement en Belgique mais en France, non-seulement dans le *Moniteur* belge, mais dans le *Moniteur* français. Après cela, je ne vois plus guère quelle application pourrait être faite des *lois de l'Empire*. En effet, le rapport tombe dans une exagération évidente quand il parle d'un grand principe suivant lequel *nos lois* régissent tous les individus, nationaux ou étrangers, qui viennent se placer sous leur protection : la vérité est que, parmi les lois françaises, il n'y a que *les lois de police et de sûreté* et *les statuts réels* qui régissent les étrangers comme les nationaux (2). Supposons, par exemple, que la loi française déclare que dans certaines positions on est incapable de représenter comme directeur une société anonyme, et que la loi belge n'ait établi aucune incapacité du même genre : une société belge, qui aurait pour directeur un Belge se trouvant dans le cas prévu par la loi française, ne pourra-t-elle donc pas exercer ses droits et plaider en France? Ce serait contraire à tous les principes.

Mais voici une question plus importante, d'un intérêt bien plus général, et qui, depuis la promulgation de la loi du 30 mai 1857, a déjà donné lieu à un assez grand nombre de décisions judiciaires. La société anonyme étrangère, légalement autorisée par le gouvernement du pays où elle est établie, ne peut-elle exercer ses droits et plaider en France, qu'autant qu'elle se trouve dans l'un ou l'autre des deux cas suivants : 1° elle a été spécialement autorisée par le gouvernement français ; 2° un décret impérial, rendu en Conseil d'État, conformément à l'art. 2 de la loi de 1857, a déclaré applicable au pays où la société a son siége le bénéfice de cette loi (3)? L'affir-

(1) Code Napoléon, art. 16; Code de proc. civ., art. 166 et 167.
(2) Code Napoléon, art. 3.
(3) Dans la discussion de la loi il a été reconnu que ce décret impérial

mative me paraît certaine : en effet, comme je l'ai déjà dit, l'article 37 du Code de commerce est véritablement une loi de police. C'est aussi en ce sens que la jurisprudence s'est prononcée. Voici notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 1er août 1860, où la question me semble parfaitement posée :

« ... Attendu que, si de la disposition de l'art. 15 du Code « Napoléon résulte pour l'étranger le droit de poursuivre judi- « ciairement en France l'exécution des obligations contractées « vis-à-vis de lui par un Français, et si cette disposition s'ap- « plique dans sa généralité aux personnes morales comme « aux personnes physiques, il faut du moins que ces personnes « morales existent pour pouvoir, sous ce rapport, réclamer le « bénéfice de la loi française ; — Attendu que la société ano- « nyme n'est qu'une fiction de la loi, qu'elle n'existe que par « elle et n'a d'autres droits que ceux qu'elle lui confère ; que la « loi, qui dérive de la souveraineté, n'a d'empire que dans les « limites du territoire sur lequel cette souveraineté s'exerce ; « qu'il suit de là que la société anonyme étrangère, quelque « régulièrement constituée qu'elle soit dans le pays dans lequel « elle s'est formée, ne peut avoir d'existence en France que par « l'effet de la loi française et en se soumettant à ses prescrip- « tions ; — Que vainement on objecterait que le statut person- « nel suit l'étranger en France, et qu'à cet égard aucune dis- « tinction n'est à faire entre les lois qui règlent la capacité « des individus et celles qui règlent l'état et la capacité des « êtres moraux ; qu'en effet, à la différence des personnes « civiles, les personnes naturelles existent par elles-mêmes, et « que l'on ne saurait confondre, quant à l'autorité qu'elles « peuvent avoir, les lois qui créent la personne et lui donnent « l'existence, et celles qui ne font que réglementer ses droits et « déterminer les conditions de leur exercice ; — Attendu, d'ail- « leurs, que la disposition de l'art. 37 du Code de commerce,

pourrait être rendu sur la demande d'un État, mais non sur la demande d'une société.

« qui soumet les sociétés anonymes à la nécessité de l'autorisa-
« tion du chef de l'État, est essentiellement une loi de police et
« d'ordre public, qui en France oblige l'étranger tout aussi
« bien que le Français; qu'elle a pour but de protéger les
« régnicoles contre les dangers d'entreprises hasardeuses et
« mal conduites, et que l'on ne comprendrait pas qu'il fût
« entré dans la pensée de la loi de consacrer un privilége en
« faveur des sociétés étrangères et de les affranchir des garan-
« ties qu'elle exige des sociétés françaises; — Attendu qu'à cet
« égard la loi du 30 mai 1857 ne permet plus aucun doute;
« qu'en effet il est impossible d'admettre qu'une disposition
« législative expresse et spéciale ait été jugée nécessaire pour
« autoriser les sociétés régulièrement constituées en Belgique
« à ester en justice et à exercer leurs droits en France, si déjà
« elles avaient trouvé cette autorisation dans le droit commun
« et notamment dans l'art. 15 du Code Napoléon; que la dis-
« position de l'art. 2 de la loi de 1857, qui confère au chef de
« l'État le droit d'accorder par des décrets la même autorisation
« aux sociétés des autres pays, résiste pareillement, d'une
« manière énergique, à l'application que le pourvoi prétend
« faire aux sociétés étrangères de l'art. 15 du Code Napoléon,
« application qui la rendrait inutile et sans objet... » (1).

Je citerai encore, comme ayant statué dans le même sens, un arrêt de la Cour d'Aix, du 17 janvier 1861 (2).

J'ajoute qu'il est, d'ailleurs, très-raisonnable que le gouvernement français ait un pouvoir discrétionnaire pour procéder, suivant les circonstances, soit par voie d'autorisation spéciale accordée à telle ou telle société étrangère, soit par voie d'autorisation générale accordée à toutes les sociétés autorisées par le gouvernement de leur pays. Cette idée est également exprimée dans le rapport, déjà cité, de la Commission du Corps législatif. Voici, en effet, ce que j'y lis : « Le gouvernement belge appor-

(1) Dev.-Car., 60, 1, 865.
(2) Dev.-Car., 61, 2, 335.

tant dans l'autorisation des sociétés anonymes sur son territoire le même contrôle, exerçant à leur égard la même surveillance, usant enfin des mêmes précautions que le nôtre, les sociétés autorisées de l'un des deux gouvernements seront admises par l'autre sur la simple justification du décret qui les a autorisées. » Il est évident que, si le gouvernement français reconnaissait que dans un pays l'autorisation n'est qu'une pure formalité, qu'elle est donnée sans examen, il n'appliquerait pas d'une manière générale aux sociétés établies dans ce pays le bénéfice de la loi de 1857.

Le gouvernement français a déjà usé de la faculté que lui laisse l'art. 2 de la loi, au profit des sociétés établies dans les pays suivants : Turquie et Égypte (décret du 7 mai 1859), Sardaigne (décret du 8 septembre 1860), Portugal et grand-duché de Luxembourg (décrets du 27 février 1861), Confédération Suisse (décret du 11 mai 1861).

2° DROITS DU FISC EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉ.

Le droit d'enregistrement auquel sont soumis en général les actes de société est un simple droit fixe. En effet, l'article 68 § III de la loi du 22 frimaire an VII énumère, parmi les actes sujets à un droit fixe de 3 francs, « les actes de société qui ne portent « ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou « immeubles, entre les associés ou autres personnes. » Et la loi du 28 avril 1816, dans son article 45, se borne à déclarer soumis au droit fixe de 5 francs « les actes de formation de société « actuellement soumis au droit fixe de 3 francs. » Il faut remarquer, du reste, sur cette dernière loi, que la Commission de la Chambre des députés qui s'en occupa proposait d'établir un droit proportionnel sur les déclarations d'apport en société ; mais la Chambre rejeta cette proposition, à une forte majorité : comme on le dit très-bien dans la discussion, « il s'agit d'encourager les « sociétés plutôt que de les imposer. »

Que veut dire précisément la loi de frimaire quand elle suppose que l'acte de société *ne porte ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes*? Veut-elle dire que, du moment qu'il y a dans l'acte de société constatation d'une obligation contractée ou d'un apport effectué, ce n'est plus le droit fixe, c'est un droit proportionnel qui doit être perçu? Évidemment non : entendre ainsi la disposition de la loi, ce serait supprimer complétement le principe, qui est la perception d'un droit fixe : car on ne comprend pas une société dans laquelle les associés ne contractent pas des obligations et n'effectuent pas des apports. Le sens de la disposition est que la faveur du droit fixe est bien accordée aux conventions qui sont de l'essence de la société, qui en sont des dépendances ou des conséquences naturelles, notamment à tout ce qui concerne les apports, mais non aux conventions qui, bien qu'insérées dans l'acte de société, sont en réalité étrangères au contrat de société, parce qu'elles intéressent tel ou tel associé individuellement ou même des tiers. C'est là un point tout à fait incontestable et qui a été reconnu par la Régie elle-même (1). Tenons donc pour constant qu'une véritable mutation de propriété, même immobilière, s'opérant de l'associé à l'être moral *société*, ne donne lieu qu'au simple droit fixe. Cela est vrai même pour les réalisations d'apports qui ont lieu après la formation de la société, soit que les apports aient été éventuellement prévus, soit qu'ils ne l'aient pas été dans l'acte constitutif de la société (2).

Les actes de dissolution de société, comme les actes de consti-

(1) « Il n'y a que les transmissions, obligations et quittances, par un ou « plusieurs associés en faveur d'un ou plusieurs de leurs co-associés indi- « viduellement, qui donnent ouverture au droit proportionnel; toutes les « autres dispositions de cette nature, pour le compte et dans l'intérêt géné- « ral de la société, soit par l'acte de société même, soit par des actes addi- « tionnels et supplétifs, n'opèrent que le droit fixe » (*Instr. générale*, n° 290, § 9). — Voy. aussi M. Gabriel Demante, *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, n° 512.

(2) Ainsi jugé par le tribunal de la Seine le 2 juin 1842. Voy. aussi une solution de la Régie du 5 mai 1844.

tution, étaient soumis par la loi de frimaire an VII au droit fixe de 3 francs, toujours en supposant que ces actes ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles, entre les associés ou autres personnes. Ici encore la loi de 1816 s'est bornée à élever à 5 francs le chiffre du droit fixe. La transmission de propriété qui s'opère, lors de la dissolution d'une société, de l'être moral aux différents associés qui lui succèdent, ne donne donc ouverture à aucun droit proportionnel.

La société une fois dissoute, il y a lieu de la partager. Le partage étant purement déclaratif, il semble qu'ici encore aucun droit proportionnel ne doit être perçu. Mais sur ce point la loi fiscale ne s'est conformée qu'en partie aux principes du droit civil. D'abord, si le partage se fait en nature et sans soulte, point de droit proportionnel, un simple droit fixe de 5 francs (1). Si une soulte est stipulée, la loi fiscale y voit une vente : elle tarife au droit de 2 p. 0/0 *les retours de partages de biens meubles*, au droit de 4 p. 0/0 *les retours de partages de biens immeubles* (2). Enfin, s'il y a licitation au profit d'un des copropriétaires, le législateur de l'an VII tarife au droit de vente (2 p. 0/0 en matière de meubles, 4 p. 0/0 en matière d'immeubles), non pas *la licitation*, mais *les parts acquises* par l'adjudicataire, c'est-à-dire tout ce qui excède les droits qu'il avait déjà avant la licitation (3).

De ce qui précède il résulte évidemment qu'une société peut s'être formée, s'être dissoute et avoir été partagée, que des valeurs considérables, meubles ou immeubles, peuvent y avoir été apportées, puis être échues aux différents associés ou à leurs représentants, sans qu'il y ait eu lieu de percevoir aucun droit proportionnel : des droits fixes, tous de 5 francs, auront seuls

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68 § III n° 2; loi du 28 avril 1816, art. 45 n° 3.

(2) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68 § III n° 2; art. 69 § V n° 7 et § VII n° 5.

(3) Loi de frimaire, art. 69 § V n° 6 et § VII n° 4.

été perçus (1). Il est bien entendu que je me place dans l'hypothèse où le partage a pu s'effectuer en nature, sans qu'il y ait eu besoin d'établir des soultes ou retours de lots. Cependant, même dans cette hypothèse, la Cour de cassation a trouvé un moyen ingénieux pour faire payer la plupart du temps le droit proportionnel. La Cour de cassation distingue les deux cas suivants :

1° L'associé, par l'effet du partage, reçoit dans son lot des objets que lui-même avait apportés en société ou des valeurs qui ont été acquises pendant la société ;

2° L'associé, par l'effet du partage, reçoit dans son lot des objets qui avaient été apportés par un autre associé.

Dans le premier cas, la Cour de cassation admet bien qu'aucun droit proportionnel n'est dû ; mais dans le deuxième elle fait payer le droit proportionnel de mutation. Suivant elle, quand l'associé reprend l'objet même qu'il avait apporté, on peut dire, la fiction de l'être moral *société* étant évanouie, qu'il n'y a jamais eu mutation de propriété ; de même, quand l'associé reçoit un objet que la société a pendant sa durée acquis d'un tiers, comme un droit proportionnel a dû être payé lors de cette acquisition, il n'y a pas lieu d'en faire maintenant payer un nouveau. Mais quand Primus reçoit dans son lot la chose apportée par Secundus, nous retombons nécessairement sous l'empire de l'art. 4 de la loi de frimaire, d'après lequel toute transmission de propriété est soumise au droit proportionnel (2). — Cette distinction a été critiquée avec beaucoup de force (3). Elle me paraît, en effet, purement arbitraire. D'abord elle part de l'idée fausse que le partage fait disparaître rétroactivement l'être

(1) Lorsqu'on a présenté à l'enregistrement les statuts d'une société anonyme non encore autorisée et que le droit fixe de 5 fr. a été perçu, il n'y a lieu à aucune restitution si plus tard l'autorisation n'est pas accordée. Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 23 mai 1859 (Dev.-Car., 59, 1,695).

(2) Voy. notamment l'arrêt de cassation, rendu, toutes Chambres réunies et sur les conclusions de M. le procureur général Dupin, le 6 juin 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 484).

(3) Voy. surtout le beau travail de mon excellent ami et savant collaborateur M. Mourlon (*Revue pratique*, t. x, p. 49 et suiv.).

moral *société* (1). En second lieu, elle suppose, ce dont il n'y a aucune trace dans la loi, que l'apport effectué par un associé constitue une transmission conditionnelle, l'événement de la condition consistant dans la circonstance que par l'effet du partage la chose apportée sera mise, non pas au lot de celui-là même qui l'a apportée, mais au lot d'un autre associé. Enfin elle soumet les sociétés à la règle commune du droit fiscal, tandis qu'il a toujours été reconnu que la loi a voulu les encourager en leur accordant une véritable faveur, en dérogeant pour elles aux principes du droit commun.

En résumé, la loi fiscale dispense du droit proportionnel d'enregistrement les actes de constitution et de dissolution de société. Pour que cette dispense soit quelque chose de sérieux, il faut nécessairement arriver à ceci : « Tout se passera comme si un droit proportionnel avait été payé lors de la constitution et lors de la dissolution : en conséquence, le partage, conformément au droit commun, ne pourra donner lieu à aucun nouveau droit proportionnel. »

— Après avoir parlé du droit d'enregistrement, je passe au droit de transcription.

Lorsque l'acte de société constate l'apport d'un immeuble, y a-t-il lieu de percevoir le droit proportionnel de transcription, fixé par la loi à 1 1/2 p. 0/0 ? La Cour de cassation admet aujourd'hui, en principe, la négative. « En effet, dit-elle, d'une part, l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII n'a établi le droit proportionnel de transcription qu'à l'égard des actes emportant mutation de propriété immobilière ; et, de l'autre, l'article 68 § III n° 4 de la loi du 22 frimaire an VII, en matière d'actes de société, ne considère comme mutation donnant ouverture à des droits proportionnels que les stipulations relatives à un ou plusieurs des associés entre eux ou autres personnes, et non pas aux associés à l'égard de la société » (2). Et la Cour de cassa-

(1) Voy. ci-dessus, p. 465 et suiv.

(2) Arrêt de la Chambre civile, du 5 février 1850 (Dev.-Car., 50, 1, 145).

tion applique cette doctrine lors même qu'il serait dit dans l'acte de société que l'associé qui fait l'apport s'engage à justifier que l'immeuble est franc et quitte de tous priviléges et hypothèques, et que la société pourra purger, par conséquent transcrire : en effet, la nécessité ou l'utilité pour la société de purger est la même, soit qu'elle résulte de la loi, soit qu'elle ait été rappelée par les conventions sociales (1). Que si une clause des statuts, ou de l'acte d'autorisation du gouvernement (au cas de société anonyme, au cas de société formée pour l'exploitation d'une mine, etc.), exprimait pour la société, non plus la faculté, mais l'obligation de purger, une jurisprudence constante décide que l'acte de société est soumis au droit proportionnel de transcription (2). Je m'empresse de dire que cette distinction entre la clause qui exprime la faculté et celle qui exprime l'obligation pour la société de purger me paraît subtile et arbitraire. A mon sens, le droit proportionnel de transcription ne devrait être perçu sur l'acte de société ni dans un cas ni dans l'autre ; mais, tout au contraire, je crois voir dans la jurisprudence une certaine tendance à décider qu'il doit l'être dans l'un et dans l'autre, à s'écarter ainsi du principe posé dans l'arrêt de la Chambre civile du 5 février 1850.

Comme pour l'acte de constitution, de même pour l'acte de dissolution de la société, il n'y a pas, en principe, de droit proportionnel de transcription à percevoir. La position est évidemment identique.

Quant à l'acte de partage, si l'on admet avec la Cour de cassation qu'il y a lieu au droit proportionnel d'enregistrement lorsqu'un immeuble apporté par l'un des associés tombe au lot d'un autre, il faut logiquement admettre qu'il y a lieu aussi au droit proportionnel de transcription. Cette idée se trouve effectivement indiquée dans les *considérants* de l'arrêt du 5 février 1850 que

(1) Même arrêt du 5 février 1850.

(2) Voy. notamment un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1849 (Dev.-Car., 50, 1, 149), et un jugement du tribunal civil de la Seine du 7 janvier 1859 (*Répert. périod. de l'enregistr.*, par M. Garnier, t. VI, p. 399).

j'ai cité un peu plus haut: suivant la Cour, « les dispositions « législatives concernant la perception d'un droit proportion- « nel de transcription ne sauraient s'appliquer à la clause d'ap- « port en société d'immeubles qui, par l'effet du partage, s'ils « tombent dans le lot de l'associé qui les a apportés, sont réputés « n'avoir jamais cessé d'être la propriété de celui-ci . » Il m'est impossible d'admettre que le fisc se trouve ainsi avoir ou n'avoir pas le droit de percevoir 5 1/2 p. 0/0 de la valeur de l'immeuble, suivant que, par le résultat du partage, cet immeuble arrive à tel ou tel des associés.

Enfin que décider lorsque, le droit proportionnel de transcription n'ayant pas été perçu à l'instant même où l'acte était présenté à l'enregistrement, la transcription de ce même acte est ensuite requise? La jurisprudence admet qu'il y a lieu de percevoir le droit de 1 1/2 p. 0/0 (1). Je suis disposé à croire qu'il n'y a lieu de percevoir que le droit fixe de 1 franc (article 61 de la loi du 28 avril 1816). En effet, d'une part, l'article 25 de la loi du 21 ventôse an VII dit que le droit de transcription est de 1 1/2 p. 0/0 du prix intégral des mutations, *suivant qu'il a été réglé à l'enregistrement ;* or, en présence de ces expressions, il est difficile de croire que l'intention du législateur ait été d'appliquer un droit proportionnel de transcription là où il accordait la faveur d'un droit fixe d'enregistrement : le texte suppose que le droit de 1 1/2 p. 0/0 est perçu par le conservateur dans les cas où il y a eu un règlement à faire à l'enregistrement, et certes il n'y a aucun règlement à faire quand le droit d'enregistrement est un simple droit fixe. D'autre part, l'article 12 de la loi du 23 mars 1855 est ainsi conçu: « Jusqu'à ce qu'une loi spéciale « détermine les droits à percevoir, la transcription des actes ou « jugements qui n'étaient pas soumis à cette formalité avant la « présente loi est faite moyennant le droit fixe d'un franc. » Il

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 2 décembre 1851 (Dev.-Car., 52, 1, 130); jugements du tribunal de Besançon du 31 décembre 1860 et du tribunal de la Seine du 2 février 1861 (*Rép. périod.* de M. Garnier, t. VIII, p. 318).

semble bien que l'acte de société qui contient apport d'un immeuble n'était pas *soumis à la formalité de la transcription* avant la loi de 1855 : ni l'article 52 ni l'article 54 de la loi du 28 avril 1816 n'y étaient applicables, bien que la transcription pût avoir quelque utilité. L'article 12, dont je viens de reproduire la disposition, me paraît donc s'adapter parfaitement au cas qui nous occupe (1).

— Dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite, l'émission ou la négociation des actions ne donne-t-elle pas lieu à quelque droit particulier au profit du fisc?

D'abord les actions étaient soumises à la formalité du timbre, en vertu des dispositions générales de la loi du 13 brumaire an VII. De plus, les cessions d'actions et coupons d'actions mobilières des compagnies et sociétés d'actionnaires étaient soumises par la loi du 22 frimaire an VII (art. 69 § II n° 6) à un droit de 50 cent. par 100 fr. Il y avait là une modération du tarif habituel des transmissions de valeurs mobilières, lequel est de 2 p. 0 0 (L. du 22 frimaire, art. 69 § V n° 1), et lequel restait applicable aux cessions d'intérêts ou de parts d'intérêts non négociables (2). Même en supposant qu'il s'agit d'une *action* et non pas d'un *intérêt*, on a jugé que, pour qu'il y ait lieu au droit particulier de 50 cent. pour 100 fr., il faut supposer que l'action est cédée *à titre onéreux;* que, s'il s'agit d'une *donation* ou cession *purement gratuite* de l'action, il y a lieu de percevoir le droit proportionnel de donation, eu égard au degré de parenté qui peut exister entre le cédant et le cessionnaire (3).

Ce système, d'après lequel l'action est soumise au timbre et chaque cession d'action à un droit proportionnel de 50 cent.

(1) Voy. en ce sens M. Mourlon, *Revue pratique*, t. x, p. 73.— Le même jurisconsulte démontre jusqu'à l'évidence que l'art. 54 de la loi de 1816 n'a pas la portée générale qu'on pourrait lui donner à première vue, et qu'il ne concerne réellement que les actes tarifés par l'article précédent (*Revue pratique*, t. IX, p. 443 et suiv.).

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 23 mai 1853 (Dev.-Car., 53, 1, 537).

(3) Arrêt de la Cour de cassation, du 23 mai 1859 (Dev.-Car., 59, 1, 693).

pour 100 fr., ce système a été changé par la loi du 5 juin 1850 *sur le timbre*. Comme le dit très-bien M. Gabriel Demante (1), « Ce système était sévère en théorie, mais inefficace en pratique : *sévère*, puisqu'il frappait d'un droit proportionnel chaque cession d'action ; *inefficace*, parce que, ce droit proportionnel étant un *droit d'acte*, les procédés le plus généralement usités pour le transfert des actions permettaient d'en éviter la perception. En 1850, le législateur se proposa de modérer l'impôt, et, en même temps, d'en assurer la perception. »

Les art. 14 et 15 de la loi du 3 juin, dont voici le texte, sont évidemment conçus dans cet esprit :

« Art. 14. Chaque titre ou certificat d'action, dans une société, « compagnie ou entreprise quelconque, financière, commer- « ciale, industrielle ou civile, que l'action soit d'une somme « fixe ou d'une quotité, qu'elle soit libérée ou non libérée, émise « à partir du 1er janvier 1851, sera assujetti au timbre propor- « tionnel de 50 cent. pour 100 fr. du capital nominal, pour les « sociétés, compagnies ou entreprises, dont la durée n'excède « pas dix ans, et à 1 p. 0/0 pour celles dont la durée dépas- « sera dix années. — A défaut de capital nominal, le droit se « calculera sur le capital réel, dont la valeur sera déterminée « d'après les règles établies par les lois sur l'enregistrement. « L'avance en sera faite par la compagnie, quels que soient les « statuts. — La perception de ce droit proportionnel suivra les « sommes et valeurs, de vingt francs en vingt francs inclusive- « ment et sans fractions.

« Art. 15. Au moyen du droit établi par l'article précédent, « les cessions de titre ou de certificat d'action seront exemptes « de tout droit et de toute formalité d'enregistrement. »

Le premier de ces articles est toujours en vigueur. Mais le deuxième, qui exemptait de tout droit d'enregistrement la cession de l'action, a été abrogé par la loi du 23 juin 1857, dont l'art. 6 est ainsi conçu :

(1) *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, nos 513 et 514.

« Indépendamment des droits établis par le Titre II de la loi « du 5 juin 1850, toute cession de titres ou promesses d'actions « et d'obligations dans une société, compagnie ou entreprise « quelconque, financière, commerciale ou civile, quelle que « soit la date de sa création, est assujettie, à partir du 1^er^ juil- « let 1857, à un *droit de transmission* de 20 cent. pour 100 fr. « de la valeur négociée. — Ce droit, pour les titres au porteur « et pour ceux dont la transmission peut s'opérer sans un trans- « fert sur les registres de la société, est converti en une taxe « annuelle et obligatoire de 12 centimes par 100 fr. du capital « desdites actions et obligations, évaluées par leur cours moyen « pendant l'année précédente, et, à défaut de cours dans cette « année, conformément aux règles établies par les lois sur l'en- « registrement » (1).

En somme, dans le droit actuel, chaque titre ou certificat d'action est d'abord assujetti au timbre proportionnel (1/2 ou 1 p. 0/0 du capital) ; de plus, toute cession de titre ou promesse d'action est assujettie à un *droit de transmission* de 20 centimes pour 100 francs de la valeur négociée, et, pour les titres au porteur ou à ordre (2), ce droit de transmission est converti en une taxe annuelle et obligatoire de 12 centimes pour 100 francs.

Ces principes s'appliquent exclusivement aux actions, et même aux actions *négociables* (3) : telle est la décision formelle de l'art. 25 de la loi de 1850, et l'art. 6 de la loi de 1857 s'y réfère. Quant aux actions qui ne sont point négociables, dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des con-

(1) On a, d'ailleurs, pris la peine, dans l'art. 11 de cette loi de 1857, de dire en termes formels que l'art. 15 de la loi du 5 juin 1850 est abrogé.

(2) La Cour de cassation a jugé, le 4 avril 1860, qu'une action stipulée à ordre et aliénable par la voie de l'endossement, est soumise à la taxe annuelle de 12 cent. p. 100 fr., et non au droit de 20 cent. p. 100 fr., lors même que les statuts subordonnent l'exercice des droits d'actionnaire de la part de l'acquéreur de l'action, au visa de l'endossement par le comité d'administration et à sa transcription sur un registre (Dev.-Car., 60, 1, 814).

(3) Voy. ci-dessus, p. 263 et suiv.

ditions déterminées par l'art. 1690 du Code Napoléon, l'ancien système continue de s'y appliquer, c'est-à-dire que chaque cession est soumise à un droit proportionnel de 1/2 p. 0/0, conformément à l'art. 69 § II n° 6 de la loi du 22 frimaire. Et si le capital de la société n'est pas divisé en actions, la cession d'un intérêt ou d'une part d'intérêt, tant que dure la société, est assujettie au droit de transmission d'effets mobiliers (2 p. 0/0), conformément au même art. 69, § V n° 1. Enfin on a jugé que les lois de 1850 et de 1857 n'ont point trait au cas de cession gratuite d'une action et que pour ce cas il y a toujours lieu au droit proportionnel de donation (1).

Une partie importante de la loi du 5 juin 1850 est celle qui concerne l'abonnement. Le législateur a considéré qu'il pouvait y avoir un grave inconvénient dans la nécessité imposée à la société d'acquitter en masse le droit de timbre avant l'émission des actions : la société serait obligée de prélever sur les premiers versements effectués une somme considérable, et alors elle n'aurait sans doute aucun dividende à distribuer la première année, ou même elle se trouverait en perte. En conséquence, la loi a permis aux sociétés de contracter un abonnement avec l'État : elles paient alors un droit annuel de 5 centimes pour 100 francs du capital de chaque action émise (art. 22). « Seront « dispensées du droit, ajoute l'art. 24, les sociétés, compagnies « ou entreprises abonnées, qui, depuis leur abonnement, se « seront mises ou auront été mises en liquidation. Celles qui, « postérieurement à leur abonnement, n'auront, dans les deux « dernières années, payé ni dividendes ni intérêts, seront aussi « dispensées du droit, tant qu'il n'y aura pas de répartition de « dividendes ou de paiement d'intérêts. » Cette dernière disposition a donné lieu à une difficulté : la société est-elle dispensée du droit pour les deux années pendant lesquelles elle n'a payé ni dividendes ni intérêts, ou n'en est-elle dispensée que pour les

(1) Voy. les *considérants* d'un jugement du tribunal de la Seine, du 20 août 1858 (*Rép. period.* de M. Garnier, t. VI, art. 1100).

années subséquentes? La Cour de cassation a donné au texte la deuxième interprétation (1).

Après s'être occupée des actions, la loi du 5 juin 1850 établit un système analogue pour les titres d'obligations souscrits par les compagnies, *et dont la cession, pour être parfaite à l'égard des tiers, n'est pas soumise aux dispositions de l'art.* 1690 *du Code civil;* seulement, le timbre proportionnel est ici de 1 p. 0/0 du montant du titre (art. 27).

En ce qui concerne la loi du 23 juin 1857, je me bornerai à signaler la disposition de l'art. 9. Aux termes de cet article, les actions et obligations émises par les sociétés étrangères sont soumises en France à des droits équivalents à ceux qui sont établis sur les valeurs françaises; elles ne peuvent être cotées et négociées en France qu'en se soumettant à l'acquittement de ces droits. — On peut consulter un règlement d'administration publique, en date du 17 juillet 1857, relatif à l'exécution de la loi du 23 juin, — ainsi qu'une décision du ministre des finances, du 4 novembre de la même année, portant que le droit de 20 centimes pour 100 francs établi par l'art. 6 de la loi de 1857 ne peut être cumulé avec le droit de mutation par décès ou de donation (2).

(1) Arrêt du 21 décembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 367).
(2) Voy. le *Répert. périod.* de M. Garnier, t. v, art. 947.

POST-SCRIPTUM.

I.

* J'ai cité ci-dessus, p. 316 et 317, à la note, un arrêt de la Cour de Lyon qui décide que, quand une société en commandite par actions a légalement pris fin, les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés solidairement responsables, aux termes de l'art. 7 § 1 de la loi du 17 juillet 1856, lors même que la nullité de la société n'aurait pas été tout d'abord prononcée par la justice. Depuis cet arrêt, des décisions contraires ont été rendues. Voici d'abord ce que je lis dans un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 29 mai 1869 : « Attendu qu'en « fait la *Caisse commerciale de Cognac* avait été fondée au cours « de janvier 1856, antérieurement dès lors à la loi du 17 juil- « let ; que les dispositions de cette loi, qui prescrivent pour la « constitution des sociétés en commandite par actions des for- « malités toutes nouvelles, relatives à la souscription de la tota- « lité du capital social et à la réalisation d'une certaine portion « des actions, n'ont pu régir que les sociétés futures et non celles « qu'elles ont trouvées établies ; que, d'ailleurs, pour que la res- « ponsabilité des membres du conseil de surveillance puisse « s'étendre au cas d'infraction aux règles constitutives de ces « sociétés, il faut que l'annulation ait été préalablement pro- « noncée pour ce motif ; que, dans l'espèce, rien de semblable « n'est intervenu, la nullité de l'association fondée à Cognac

« n'ayant jamais été prononcée ni même provoquée; que si, « sous l'empire de la loi de 1856 et par application à des so- « ciétés qu'elle régirait, une fin de non-recevoir insurmontable « devrait repousser toute demande de responsabilité contre les « membres du conseil de surveillance, à raison du vice d'orga- « nisation de l'association, parce que la nullité n'aurait pas été « déclarée, *a fortiori* doit-il en être de même sous l'influence « des lois antérieures, dont aucune n'avait mis à la charge de « ces membres cette cause de responsabilité toute nouvelle et « dont l'application n'est même que facultative pour les tribu- « naux... » Et le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par arrêt de la Chambre des requêtes, du 9 juillet 1861. Dans ce dernier arrêt, on se borne à dire « que l'art. 7 de la loi « de 1856, en donnant aux magistrats la faculté, suivant leur « appréciation, de déclarer les membres des conseils de surveil- « lance responsables de l'inobservation du n° 2 de l'art. 1er, « subordonne l'exercice de cette faculté à la nullité de la société, « par application de l'art. 6 ; — que c'est donc à bon droit que « l'arrêt a refusé d'appliquer la responsabilité autorisée par « l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856 aux membres du conseil de « surveillance d'une société constituée le 30 janvier précédent « et dont la nullité n'avait été ni prononcée ni même de- « mandée.... » (1).

On voit que, dans l'espèce, la question ne se présentait pas d'une manière très-nette, puisqu'il s'agissait d'une société constituée avant la loi du 17 juillet 1856. Néanmoins la Cour impériale et la Cour de cassation affirment bien positivement que, d'après cette loi, l'action en responsabilité est non recevable si la nullité de la société n'a pas été d'abord prononcée. Mais je n'aperçois pas sur quelle bonne raison pourrait s'appuyer cette doctrine. La Cour de cassation admet, nonobstant la disposition de l'art. 440 du Code de commerce (2), qu'un tribunal civil ou

(1) Dev.-Car., 61, 1, 705.

(2) « La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce... »

criminel peut reconnaître qu'un individu dont la faillite n'a pas été judiciairement déclarée est réellement en état de faillite, et que ce tribunal peut, en conséquence, considérer comme encourus les effets que la loi attache à l'état de faillite (1) : pourquoi donc ne veut-elle pas que le tribunal à qui on demande d'appliquer l'art. 7 § 1 de la loi du 17 juillet 1856 puisse reconnaître lui-même qu'il y avait lieu de prononcer la nullité de la société aujourd'hui dissoute? Les deux décisions ne me paraissent point en harmonie l'une avec l'autre.

II.

Page 362, à la note, en examinant la question de savoir si un actionnaire ou commanditaire qui a versé 600 francs a pu valablement stipuler qu'il touchera 6 p. 0/0 d'intérêt annuel, même en l'absence de tous bénéfices, je critique une idée émise à ce sujet par M. Troplong. Comme je crains de ne m'être pas exprimé d'une manière suffisamment claire, je reproduis ici mon observation, sous une autre forme :

De deux choses l'une : ou la somme touchée chaque année est touchée comme intérêt (et telle paraît être l'idée de M. Troplong) ; mais alors, à moins de violer la loi du 3 septembre 1807, il faut dire que cette somme ira en diminuant d'année en année ; — ou bien la somme touchée chaque année est une partie du capital que la société restitue à l'actionnaire ; mais alors on ne tient aucun compte de l'intention qu'il avait en stipulant que les 600 francs par lui versés produiraient intérêt, on dénature la convention de la manière la plus complète. *

(1) Voy. notamment un arrêt de la Chambre criminelle, du 9 août 1851 (Dev.-Car., 52, 1, 281), et un arrêt de la Chambre des requêtes, du 4 décembre 1854 (Dev.-Car., 55, 1, 298).

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

LIVRE PRÉLIMINAIRE.

Précis historique du droit commercial, sources du Code de commerce, p. 1. — Travaux préparatoires du Code de commerce, rédaction de ce Code, p. 21.

Généralités sur les matières commerciales, p. 26.

LIVRE I. DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

TITRE I. DES COMMERÇANTS.

Qui est commerçant? p. 45. — Conditions requises pour être commerçant : 1° exercice d'actes de commerce, p. 46; 2° exercice *habituel*, p. 52; 3° exercice *professionnel*, p. 54. — Importance de la distinction entre les commerçants et les non-commerçants, p. 59. — Dans tout commerçant il y a deux personnes, p. 61.

Toute personne peut librement faire le commerce; exceptions à ce principe, p. 64. — Différence entre l'*incapacité* et l'*interdiction*, p. 65.

Des personnes incapables de faire le commerce, p. 66.

Des mineurs, p. 67. — Conditions exigées du mineur qui veut faire le commerce : émancipation, p. 71; âge de 18 ans, *ibid.*; autorisation, p. 72; publicité de l'autorisation, p. 74. — Du mineur qui veut seulement faire des actes isolés de commerce, p. 76. — Étendue de la capacité du mineur commerçant, p. 77. — Du cas où l'autorisation donnée au mineur est retirée, p. 86. — Étendue de la capacité du mineur autorisé à faire des actes isolés de commerce, p. 87.

Des femmes mariées, p. 89. — Forme du consentement du mari, p. 90. — Si la justice peut autoriser la femme à faire le commerce, p. 93. — Quels actes peut faire la femme commerçante, p. 96. — Conséquences des engagements commerciaux de la femme, p. 100. — Si le mari peut retirer à la femme sa capacité, p. 108.

TITRE II. DES LIVRES DE COMMERCE.

Les commerçants doivent tenir des livres, p. 111. — Trois livres sont obligatoires, p. 114. — Des formalités prescrites pour la tenue des livres, p. 117. — Temps pendant lequel les commerçants doivent conserver leurs registres, p. 128.

Des livres considérés comme *moyen de preuve*, p. 129. — De la procédure ou des moyens de faire sortir des livres la preuve qui y est contenue, p. 133.

APPENDICE. Notions générales de comptabilité, p. 138.

TITRE III. DES SOCIÉTÉS.

I. DES SOCIÉTÉS EN GÉNÉRAL.

But de la société, p. 145.

Conditions essentielles : 1° La société suppose un contrat, p. 146 ; différences entre la société et la simple communauté ou indivision, p. 147. — 2° La société suppose un apport de chacun des associés, p. 156. — 3° Le contrat se forme en vue de bénéfices à réaliser et à partager, p. 159. — 4° Chacun doit contribuer aux pertes, p. 161.

Caractères que présente la société. 1° Caractères généraux : Contrat *de droit des gens*, p. 161 ; — *consensuel*, p. 162 ; — *à titre onéreux*, p. 162 ; — *synallagmatique*, p. 163 ; — *principal*, p. 163 ; — *de bonne foi*, p. 165. — 2° Caractères particuliers : Contrat *personnel*, p. 166 ; — *aléatoire*, p. 168 ; — *universel*, p. 169 ; — *être moral*, p. 170.

II. DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES EN PARTICULIER.

Comment la société commerciale se distingue de la société civile, p. 178.

Différentes espèces de sociétés commerciales, p. 182.

Des sociétés en nom collectif.

Raison sociale, p. 183. — Mode de preuve, p. 184. — Publicité, p. 185. — Sanction des règles sur la publicité, p. 189 ; — qui peut invoquer le défaut de publicité, p. 190.

Organisation de la société en nom collectif, p. 196. — Mode d'action des administrateurs, p. 200. — Comment la société peut être

obligée envers les tiers, p. 201. — Conséquences des engagements de la société, p. 209.

De la commandite en général, et spécialement de la commandite par intérêt.

Quelle est la raison d'être des sociétés en commandite, p. 213. — Éléments constitutifs de ces sociétés, p. 214 ; — raison sociale, p. 215.

Avantages spéciaux de la commandite, p. 216. — En principe, le contrat est *personnel*, p. 219.

Conditions requises pour constituer la commandite : Raison sociale, p. 220; rédaction d'un acte, p. 222 ; publication, p. 223. — Conséquences du défaut de publication, p. 226.

Administration des sociétés en commandite, p. 227. — Si les commanditaires peuvent se réserver le droit de révoquer le gérant, p. 228. — Si l'art. 408 du Code pénal est applicable au gérant, p. 232. — Du rôle des commanditaires par rapport à l'administration, p. 234.

Rapports de la société en commandite avec les tiers, p. 241. — Si le commanditaire qui n'a pas versé sa mise peut être poursuivi directement par les tiers, p. 242 ; — s'il doit être condamné par corps, p. 245; — du cas où le commanditaire a fait un acte de gestion, p. 247.

De la commandite par actions.

Forme nouvelle de la commandite, p. 252.

Comparaison de l'*intérêt* et de l'*action*, p. 253.

Formes de l'action, titre négociable, p. 265. — Conséquence de ce que l'action est négociable, p. 266.

La commandite par actions n'a été organisée qu'en 1856, p. 268. — A cette époque, on a cru devoir la restreindre dans des limites assez étroites, p. 271.

Restrictions relatives à la constitution même de la société : on a fixé un *minimum* au taux des actions, p. 272; — L'action *libérée* peut seule être *au porteur*, p. 273; — Nécessité pour le souscripteur de verser au moins le quart des actions souscrites, p. 276.

Estimation des apports en nature, p. 277.

Dépôt chez un notaire, p. 286.

Nomination d'un conseil de surveillance, p. 287.

Publication, p. 290.

L'action n'est négociable qu'après versement des *deux cinquièmes*,

p. 293. — Celui qui a négocié son titre reste débiteur envers la société, p. 294.

Sanction des prescriptions de la loi, p. 297.

Attributions du conseil de surveillance, p. 302. — Responsabilité des membres de ce conseil, p. 313.

Procédure à suivre lorsque des actionnaires plaident dans un intérêt collectif, p. 318.

Pénalités établies par la nouvelle loi, p. 319.

De la société anonyme.

Utilité de la société anonyme, p. 326. — Notion générale de cette forme de société, p. 328. — Nécessité de l'autorisation du gouvernement, p. 329.

Le capital est toujours divisé en actions, p. 336. — Point de raison sociale, p. 337.

Nécessité d'un acte authentique, et publication de cet acte, p. 337.

Conséquences du défaut d'autorisation ou du défaut de publication, p. 339.

Administration de la société anonyme, p. 343.

Surveillance relativement à la société anonyme, p. 348.

Pouvoirs des administrateurs, p. 350. — Leurs rapports avec les tiers, p. 352. — Si les tiers ont une action directe contre les actionnaires, p. 353.

Des associations en participation.

A quoi elles s'appliquent, p. 364.

Si elles constituent toujours une véritable société, p. 365. — Du cas où il y a véritablement société, p. 373.

III. DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE.

Dissolution.

Notion générale, p. 384.

Différentes causes de dissolution : 1° Expiration du terme fixé pour la durée de la société, p. 385; — 2° Consommation de la négociation, p. 387; — 3° Extinction de la chose, p. 387; — 4° Mort, interdiction, faillite ou déconfiture d'un associé, p. 397; — 5° Volonté d'un ou de plusieurs des associés de ne plus rester en société, p. 403. — De l'action en dissolution, p. 409.

La dissolution n'est pas opposable aux tiers ou à l'administrateur qui ont été de bonne foi, p. 418. — En conséquence, la dissolution doit être rendue publique, p. 419. — De même, les modifications à la constitution primitive doivent être rendues publiques, p. 425.

Liquidation.

Notion générale ; comment sont nommés les liquidateurs, p. 429.

Formalités que doit remplir le liquidateur, p. 431. — Attributions et pouvoirs du liquidateur, p. 432.

Rapports des liquidateurs avec les créanciers sociaux, p. 435. — De la prescription opposable au créancier qui poursuit soit un associé non liquidateur, soit le liquidateur étranger, soit le liquidateur associé, p. 440.

Du cas où il y a changement de liquidateur, p. 456.

Questions sur la prescription quinquennale, p. 458.

Partage.

L'idée fondamentale, c'est l'égalité, p. 461. — Analogie du partage de société et du partage de succession, p. 462.

IV. DES CONTESTATIONS ENTRE ASSOCIÉS.

L'arbitrage forcé a été supprimé par la loi du 17 juillet 1856, p. 478. — Si l'on peut convenir dans un acte de société que les contestations, qui s'élèveraient entre les associés, seront jugées par des arbitres, p. 481.

APPENDICE.

Des sociétés établies en pays étranger, p. 485.

Des droits du fisc en matière de société, p. 495.

TABLE DES TEXTES DE LOIS

EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

1° CODE NAPOLÉON.

Articles.	Pages.
215.	100.
217.	91.
219.	93.
220.	100.
487.	71 et 80.
1329.	130.
1330.	133.
1419.	103.
1832.	175.
1844.	405.
1846.	162.
1856.	197.
1859.	199.
1860.	173.
1865.	385.
1866.	386.
1867.	387.
1868.	400.
1869 et 1870.	404.
1871.	409.
1872.	462.

2° CODE DE COMMERCE.

Articles.	Pages.
1.	45.
2.	71.
3.	76.
4.	91 et 93.
5.	92 et 100.
6.	84.
7.	99.
8.	114 et 116
9.	115.
10.	117.
11.	120.
12.	131.
13.	113 et 133.
14.	135.
15.	134.
16.	134 et 136.
17.	113 et 132.
18.	146 et 185.
19.	182.
20.	183.
21.	183.
22.	183.
23.	214 et 219.
24.	215.
25.	215 et 221.
26.	219.
27.	235.
28.	248.
29.	337.
30.	337.
31.	345.

Articles.	Pages.
32.	352.
33.	353.
34.	336.
35.	265.
36.	265.
37.	329.
38.	218 et 274.
39.	184 et 222.
40.	337.
41.	184.
42.	186 et 190.
43.	186.
44.	225.
45.	337.
46.	419.
47.	366.
48.	365.
49.	377.
50.	366.
51-63.	478.
64.	441.
638.	80.

3e LOI DU 20 JUILLET 1837.

4.	126.

4e LOI DU 5 JUIN 1850, *sur le timbre.*

14.	256 et 503.
22 et 24.	505.
25.	264 et 505.

5e LOI DU 17 JUILLET 1856, *sur la commandite par actions.*

Articles.	Pages.
1.	273, 276 et 286.
2.	275.
3.	263 et 293.
4.	282.
5.	287.
6.	297, 321 et 342.
7.	315.
8.	305.
9.	310.
10.	307.
11.	319.
12.	319.
13.	309 et 322.
14.	318.
15.	323.

6e LOI DU 17 JUILLET 1856, *sur l'arbitrage forcé.*

1.	478.

7e LOI DU 30 MAI 1857.

1 et 2.	488.

8e LOI DU 23 JUIN 1857.

6.	503.
9.	506.

Imprimé par Charles Noblet, rue Soufflot, 18